UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA

PUBLICITÉ DES ACTES CONSTITUTIFS

DE SERVITUDES

ÉTUDE CRITIQUE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Jean LAYRAL

MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1920

LA

PUBLICITÉ DES ACTES CONSTITUTIFS

DE SERVITUDES

ÉTUDE CRITIQUE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547009_0074

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LA

PUBLICITÉ DES ACTES CONSTITUTIFS

DE SERVITUDES

ÉTUDE CRITIQUE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PAR

Jean LAYRAL

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson
—
1920

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. **Charmont,** professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Moye, professeur de Droit international public.

Morin, professeur de Droit civil.

Donnedieu de Vabres, professeur de Droit criminel.

Becqué, agrégé de droit civil.

Hugueney, agrégé de droit civil.

Roche-Agussol, agrégé d'économie politique.

De Nesmes-Desmarets, agrégé de Droit administratif.

Petot, chargé de cours de Droit romain.

Bastid, chargé de cours de droit constitutionnel.

Dijol, chargé du cours de procédure.

Vigié et **Brémond,** Doyens honoraires.

Laborde, professeur honoraire.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. **Morin,** *président.*
Donnedieu de Vabres.
Becqué. } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA

PUBLICITÉ DES ACTES CONSTITUTIFS

DE SERVITUDES

ÉTUDE CRITIQUE

INTRODUCTION

Quand on examine un acte de vente, même et surtout quand il est rédigé par un praticien expérimenté et sérieux, on est presque toujours frappé de rencontrer, après une origine de propriété minutieusement établie, une clause, volontairement vague et imprécise, au sujet de la situation de l'immeuble, relativement aux servitudes. Presque toujours aussi, on trouve une clause par laquelle le vendeur s'exonère de toute garantie du fait des servitudes qui pourraient se révéler.

Les servitudes ont pourtant une très grosse influence sur la valeur des immeubles et il est anormal de supposer que les acquéreurs s'en désintéressent complètement.

Si l'on étudie attentivement la question, on reconnait vite qu'il est, en fait, impossible d'arriver, sur ce point, à une certitude absolue et que si la situation de l'immeuble n'est pas nettement établie, relativement aux charges, c'est parce qu'il est impossible, en pratique, de le faire.

Comment expliquer cette lacune dans notre législation? Pour des raisons historiques probablement. Comment y remédier? telle est la question qui va faire l'objet de la présente étude.

Après avoir étudié en détail la réglementation actuelle, nous verrons qu'elle pose en principe la transcription des actes constitutifs de servitude mais qu'elle laisse de nombreux cas en dehors de la règle générale.

Après avoir alors montré les défauts graves de notre législation actuelle, après avoir établi d'abord que des exceptions trop nombreuses ruinent les effets de la règle générale de la transcription des actes constitutifs de servitude, et ensuite et surtout que ce système, même perfectionné comme on le propose, est absolument insuffisant, nous essayerons de rechercher les principes qu'il faut appliquer à la matière, en nous basant surtout sur la pratique, et aussi en recherchant quelle est la nature propre du droit de servitude.

Nous avons même, comme conclusion, essayé de

concrétiser nos idées en projets de dispositions. Sans doute notre étude est-elle, sur beaucoup de points, insuffisante et incomplète, nous avons surtout cherché à préciser une question jusqu'ici restée dans l'ombre, à indiquer la voie où les recherches pourraient être fructueuses.

Nous croyons avoir cependant démontré qu'il existe une grosse lacune dans le régime de publicité des servitudes et nous croyons fermement que si l'on veut y remédier et améliorer notre régime foncier, deux innovations sont indispensables :

1° Le titre nouvel trentenaire, chaque fois transcrit, indispensable au moins pour les servitudes négatives, défenses de construire ou autres.

2° La déclaration sanctionnée avec défense de transcrire ou d'inscrire les actes qui ne la contiendraient pas.

PREMIÈRE PARTIE

REGLEMENTATION ACTUELLE DE LA PUBLICITE DES ACTES CONSTITUTIFS DE SERVITUDE

I. — Principe général

La théorie de la transcription des servitudes se projette fort nettement en dehors de celle des actes constitutifs ou translatifs de droits réels. En effet, la servitude constituée en dehors de tout transfert de propriété doit être transcrite et, d'autre part, certains actes, comme le partage, non sujets à transcription, comme déclaratifs de propriété, le sont comme constitutifs de servitude. Pour les actes translatifs mêmes divergences. Le propriétaire du fonds servant, sur lequel une servitude a été légalement constituée, ne peut l'aliéner que *cum sua causa,* l'existence de la servitude pouvant alors soulever une question de garantie mais non d'inopposabilité (1). En ce qui concerne les aliénations par

(1) Colin et Capitant. Cours de droit civil, t. II, p. 457.

le propriétaire du fonds dominant. Il ne faut pas oublier que la servitude — droit accessoire — ne peut s'aliéner isolément, donc pas de conflit possible entre deux cessionnaires de servitudes ou entre un cessionnaire de servitude et un acquéreur de propriété.

En notre matière, le principe est formulé en termes aussi généraux que possible par l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, alinéa premier: « Sont également transcrits tout acte constitutif de servitude. »

Cette règle, formulée en termes si compréhensifs, ne semble guère admettre d'exceptons. C'eut été faire une réforme incomplète que de ne pas prescrire, en même temps que la transcription, des actes translatifs, la publicité de tous les droits réels qui modifient le droit de propriété. Le propriétaire qui grève son héritage d'une servitude, se prive, à perpétuité, de l'un des attributs de son droit. C'est une aliénation que ses ayants cause ont le plus grand intérêt à connaître, elle sera souvent de peu d'importance, mais dans bien des cas, elle peut réduire considérablement la valeur des biens qu'elle grève. Bien plus, en matière de propriété immobilière, le droit commun étant l'indépendance absolue des héritages, les uns vis-à-vis des autres, la servitude qui est toujours une dérogation au principe général, doit, à ce seul titre, être efficacement publiée.

II. — Dérogations proposées

Le principe général est donc que la transcription est indispensable et que rien ne peut la remplacer [vis-à-vis des tiers] (Grenoble 1er juillet 1902, *Gaz. Palais,* 02-2-506). Mais la règle est-elle si absolue qu'on ne puisse y trouver d'exceptions?

On peut classer en deux séries celles qui ont été proposées, selon que l'on a voulu affranchir de la transcription, certaines servitudes, soit en raison de leur nature propre, soit en raison de la nature de l'acte qui les a créées.

A. — *Exceptions basées sur la nature des servitudes*

La loi de 1855, peut-on dire, ne peut s'appliquer aux servitudes apparentes qui, grâce aux signes matériels et extérieurs de leur existence, reçoivent une publicité si efficace qu'elles ne peuvent échapper à ceux qui ont intérêt à les connaître. Un acheteur, disait Pothier (1), n'achète un fonds qu'après l'avoir visité, ou s'être renseigné, après avoir été, par conséquent, fixé sur les servitudes visibles (apparentes) dont il est grevé. On peut donc admettre,

(1) Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans, n° 12, p. 519.

comme une règle certaine, que tout immeuble, grevé de servitudes apparentes, est réputé vendu dans l'état où il se trouve. La loi qui imposerait à ces servitudes le régime de la transcription, serait logiquement inexplicable car elle classerait parmi les droits occultes des droits dont la qualité essentielle est d'être nécessairement publics.

Elle serait, en outre, en contradiction avec les principes généraux du Code civil. D'une part, en effet, l'article 690 déclare que les servitudes continues et *apparentes* peuvent s'acquérir par prescription, et la règle absolue (art. 2229 C. civ.) est que l'on ne prescrit que les droits susceptibles d'une possession publique et non équivoque, et, d'autre part, l'article 1638 Code civil reconnaît, de façon indubitable, que le vendeur d'un fonds grévé de servitudes apparentes n'est tenu pour cela d'aucune garantie vis-à-vis de son vendeur, bien qu'il ne les ait pas déclarées au contrat.

Ces raisons n'ont cependant pas convaincu les auteurs qui se prononcent tous (1) pour la transcription des actes constitutifs de servitude sans

---

(1) Lemarcis. Commentaire de la loi du 23 mars 1855, p. 19; Lesenne, même loi, n° 42; Victor Fons, précis sur la loi de la transcription, p. 28; Flandin. De la transcription, n° 424-426; Aubry et Rau, 4e édition, t. III, p. 6-7-74-75; Demolombe, t. XII, n° 733; Laurent, t. XXIX, n° 78; Verdier, transcription hypothécaire, n° 231; Pandectes françaises, rép. v. transcription, n° 426-427; Dalloz, jur. générale, *eodem verbo*, n° 283; Baudry-Lacantinerie et Chauveau. Des biens, n° 1094, p. 823.

distinguer si elles sont apparentes ou non. De tous les commentateurs de la loi, seul, Mourlon paraît hésiter, mais après une vive critique de la loi, il se rallie à l'interprétation commune et entreprend de la justifier (1). Aucun des arguments en faveur de cette prétendue dispense de transcription ne peut, en effet, se concilier avec le texte de cet article 2, dont les termes, aussi généraux que possible, imposent la transcription à *tout acte constitutif* de servitude, sans distinguer entre les servitudes apparentes ou non apparentes.

Il n'est pas non plus possible de dire que c'est par inattention que la distinction entre les servitudes apparentes et les servitudes occultes n'a pas été faite, car le législateur avait sous les yeux le texte de l'article 2092 du projet de loi présenté en 1850 par le gouvernement à l'Assemblée nationale, sur la réforme hypothécaire. Cet article imposait formellement la transcription de « tous actes, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière, d'emphyéose, d'usufruit, d'usage d'habitation, ou constitutifs de servitude — *apparentes ou non apparentes.* » La commission de l'Assemblée nationale législative avait modifié cet article, en créant un article 2153 ainsi conçu: « néanmoins, en matière de servitude continue et apparente, le défaut de transcription de l'acte qui aura établi ou supprimé la servitude, ne pourra

---

(1) Mourlon. Commentaire de la loi du 23 mars 1855, n° 106 à 108 et *Revue pratique*, t. VI, p. 131 à 144.

être invoqué par les tiers qui n'auront fait inscrire ou transcrire leur titre que postérieurement à la création et à la destruction du signe apparent de la servitude. »

Le rapporteur, M. de Vatimesnil, insistait encore sur ces mots : servitudes apparentes ou non apparentes (1). Quant au dernier argument, il a soulevée une controverse qui est loin d'être résolue.

Il semble, à première vue, que la loi de 1855, en appliquant la transcription aux servitudes, ait modifié la règle édictée par les articles 1638 et 1641 du Code civil qui imposent au vendeur, pour les servitudes non apparentes qu'il ne signale pas, la même garantie que pour les vices cachés. La transcription, remarque-t-on à l'appui de cette interprétation, est le seul moyen légal de publier les servitudes, quand cette formalité est accomplie, la constitution de servitude devient légalement publique et nul n'est censé l'ignorer. Il est d'ailleurs facile aux acheteurs de se renseigner en consultant l'état des transcriptions au bureau des hypothèques. On peut remarquer, en effet, que si l'article 1638 exclut de la garantie les servitudes apparentes, ce n'est pas parce que l'acheteur les a forcément connues, car il n'obtiendrait pas la garantie de son vendeur en prouvant, qu'en fait, il a ignoré la servitude, quoique elle fut apparente. C'est donc parce qu'il a eu

---

(1) Page 83 du rapport : impression de l'Assemblée nationale législative, n° 979.

un moyen suffisant de la connaître qu'il ne peut actionner son vendeur en garantie. On peut appliquer à notre cas la même solution, car le principe de la loi paraît être que la possibilité pour l'acheteur de connaître la servitude équivaut à sa connaissance réelle.

On pourrait, il est vrai, opposer que ce raisonnement n'est pas admissible à propos d'un hypothèque et que, pourtant, l'hypothèque elle aussi a besoin d'être rendue publique par l'inscription et qu'il est, malgré cela, admis universellement que cette publicité ne suffit pas pour exclure le recours en garantie de l'acheteur. Mais cette argumentation est inexacte en l'espèce car l'éviction résultant de l'hypothèque a un caractère purement éventuel, puisqu'elle est subordonnée à ce fait, que l'on peut qualifier d'anormal, que le débiteur ne s'acquittera pas en temps utile de son obligation. L'exercice d'une servitude dûment transcrite est au contraire certain.

Si l'on admet que cette interprétation est fondée en droit, il n'est pas possible non plus de la rejeter comme aboutissant, en fait, à une injustice. Il est, en effet, logique de supposer que les signes matériels, révélateurs de servitudes apparentes, ne sont pas toujours si évidents, qu'ils ne puissent échapper à un observateur peu attentif. Il peut, d'ailleurs, arriver souvent que les ventes se fassent hors de la présence des lieux ou par l'intermédiaire d'un mandataire, que l'absence d'intérêt personnel peut rendre plus négligent. L'acheteur,

enfin, qui remarque les indices extérieurs d'un état des choses contraire à la propriété, peut supposer que son vendeur n'a usé que de tolérance.

Ces incertitudes sont dangereuses, aussi, pour y mettre fin, l'application de transcription aux servitudes, même apparentes, est avantageuse même dans les cas où elle pourrait paraître inutile; un registre incomplet aurait le grand défaut d'induire facilement en erreur et il serait superflu d'imposer aux tiers l'obligation de parcourir et d'examiner les fonds pour connaître une catégorie de servitudes, après leur avoir imposé une première recherche au registre des transcriptions, pour connaître les autres (1).

L'obligation de garantie, telle que l'organise le Code civil, joue d'ailleurs encore dans certains cas.

a) En cas de servitude constituée par un mode non soumis à transcription, c'est-à-dire prescription, destination du père de famille ou testament.

b) Quand la servitude est transcrite entre la vente et la transcription de la vente par l'acheteur. Cette publicité rendant la servitude opposable à cet acheteur, mais n'équivalant pas à une déclaration, puisque c'est certainement au moment de la vente que l'acheteur a dû se renseigner.

c) En cas d'inexistence d'une servitude déclarée. (Req. 6 févr. 1889. D. 90-1-390, S. 92-1-360).

---

(1) Voir en ce sens Flandin, t. I, n° 426; Mourlon, t. I, n° 166 et sq; Verdier, t. I, n° 231; Demante et Colmet de Santerre, 2e édit., t. VII, n° 73 *bis*, II, et plus récemment, Colin et Capitant, cours élém. de droit civil, t. II, p. 457.

Cette opinion est séduisante au premier abord, mais ne nous paraît pas devoir être admise après un examen sérieux. Donner à la loi cette interprétation serait lui attribuer un but tout différent du sien. Cette loi a été faite pour protéger l'acquéreur contre les actes de disposition du vendeur et non pour protéger le vendeur contre le recours en garantie de l'acquéreur. Cela ne veut pas dire que nous admettions la dispense de transcription pour les servitudes apparentes. La transcription est nécessaire pour qu'une servitude, apparente ou non, puisse être opposée à l'acquéreur par celui qui en bénéficie (1), c'est là son seul but, on ne peut logiquement lui donner celui de rendre meilleure la situation du vendeur qui n'a pas fait connaître à l'acquéreur l'existence d'une servitude non apparente.

Rien ne nous autorise à prétendre que la loi de 1855 ait entendu modifier les principes de la garantie en matière de vente, les travaux préparatoires ne fournissent, en ce sens, aucune indication.

Il est inexact, d'ailleurs, de comparer la publicité qui résulte de la transcription à l'apparence matérielle de la servitude. Pour la servitude apparente, quoiqu'en dise Mourlon (2), le simple examen des lieux, en démontre l'existence, et l'acheteur est en faute s'il ne les connaît pas car ce n'est

---

(1) En sens contraire. Paris 5 mars 1896, S. 99-2-210, v. plus bas, p. 61.

(2) *Revue pratique*, t. VI, p. 142.

pas trop exiger de lui qu'il visite soigneusement le fonds qu'il veut acquérir. Pour les servitudes occultes, au contraire, l'acheteur ne commet aucune faute en n'allant pas consulter le registre, car le Code veut, qu'en ce cas, ce soit le vendeur qui informe l'acheteur, de l'existence des servitudes occultes et l'acheteur n'a donc pas à se renseigner par lui-même, en ce cas, puisqu'il n'a qu'à attendre les déclarations du vendeur. Cette seconde interprétation est la plus fréquemment admise (1).

Si l'on examine les divers cas de son application pratique, il devient impossible d'en admettre une autre. Les tables des registres hypothécaires sont, en effet, établies par noms de personnes, et non par immeubles. Pour connaître les charges qui peuvent grever un fonds, il faut donc vérifier la situation du propriétaire actuel et celle des anciens propriétaires.

Pour les inscriptions on peut, en pratique, s'arrêter à la première aliénation transcrite, remontant à plus de trente ans, parce que les créanciers ont dû obtenir de leur débiteur un titre nouvel et renouveler leur inscription, faute de quoi, l'hypothèque est prescrite en faveur du détenteur.

Malheureusement il n'en est pas de même pour les servitudes. Pour les conserver, pas besoin de

---

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 335, p. 384, texte et note 55; Laurent, t. 24, n° 269; Guillouard, t. I, n° 410; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 386; Huc, t. 10, n° 126; Planiol, traité élémentaire, t. II, n° 1495.

titre nouvel, l'usage suffit. Supposons une constitution de servitude transcrite en 1856, elle est, dans notre législation, opposable aux tiers sans titre nouvel dans l'intervalle. Cette première transcription remontant à 63 ans, il est permis de concevoir qu'il y ait eu, dans l'intervalle, plusieurs aliénations du fonds servant régulièrement transcrites et remontant à plus de trente ans. Il est donc fort peu probable, en fait, que l'acquéreur actuel fasse porter l'état des transcriptions sur le propriétaire primitif, créateur de la servitude, qui a pu vendre en 1857, par exemple,. Le voulut-il, il lui serait peut-être difficile de reconstituer la filière des anciens propriétaires, surtout s'il y a eu, dans l'intervalle, des mutations non transcrites (legs ou partages).

Nous examinerons, dans notre troisième partie, quels sont les remèdes que le législateur devrait apporter à ce défaut de notre régime hypothécaire, mais en l'état actuel de la loi, des raisons impérieuses d'équité nous interdisent d'admettre une dérogation aux règles de la garantie, édictées par le Code civil.

B. — *Exceptions basées sur la nature de l'acte constitutif de servitude*

Cette seconde série d'exceptions est beaucoup plus fournie, et infiniment plus complexe que la première.

1° *Servitudes créées par testament.* — Examinons d'abord la première remarque que nous suggère l'examen de l'article 2: la différence qui se manifeste entre sa rédaction et celle de l'article 1. Le premier article assujettit à la transcription tout acte *entre vifs,* translatif de propriété; le second se borne à parler des actes constitutifs.

En présence d'une expression aussi indéfinie, s'opposant très nettement à la précision de l'article précédent, on est naturellement amené à supposer que tous les actes à cause de mort, c'est-à-dire les testaments constitutifs de servitudes, sont, comme les actes entre vifs, soumis à la formalité de la transcription. Il n'en est rien cependant — tous les commentateurs (1) sont unanimes à reconnaître que l'article 2 de la loi de 55, ne s'occupe pas plus des actes de dernière volonté que l'article 1. La question avait été longuement discutée au cours des travaux préparatoires. La commission créée par le garde des Sceaux en 1849, pour préparer le projet de loi sur la réforme hypothécaire, imposait formellement la formalité de la transcription aux testaments au même titre qu'aux actes entre vifs. Le

---

(1) Mourlon. Traité de la transcription, t. I, p. 5, et p. 229, n° 109; Flandin. Traité de la transcription, t. I, p. 13, n° 17; Troplong. Commentaire de la loi du 23 mars 1855, p. 208; Vidal. Transcription, t. I, p. 415, n° 228; Pandectes françaises, rép. v. transcription, n° 66, 87 à 92; Fuzier-Hermann. Répertoire *eodem verbo,* n° 45-32-461 et sq; Dalloz. Jurisprudence générale, *eodem verbo,* n° 270.

rapporteur précisait: « les testaments et les donations sont placés sur la même ligne que la vente et les échanges. » (1). La commission, appliquant le principe dans toute sa rigueur, organisait même une certaine publicité pour les successions *ab intestat,* publicité à titre de simple renseignement et à laquelle ne s'attachaient pas les effets de la transcription, mais qui aurait été fort utile aux tiers (voir à ce sujet Flandi. De la transcription, p. 9, n° 13, et les Pandectes françaises, rép. *verbo,* transcription, n° 87).

Le projet primitif, rédigé selon les conclusions de ce rapport, et soumis à l'appréciation du Conseil d'état, comprenait deux articles destinés à réaliser le vœu de la commission, et qui devaient remplacer les articles 2092 et 2095 du Code civil. Le premier de ces articles portait: « Tous actes à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière, etc..., seront transcrits en entier sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. » On sait quel fut, malheureusement, le sort du projet de loi sur la réforme hypothécaire, il était arrivé à sa troisième lecture quand l'assemblée nationale fut dissoute.

La question de savoir si l'on devait assujettir les testaments à la transcription, fut à nouveau examinée dans la discussion de la loi du 23 mars 1855.

---

(1) Rapport de M. Persil à M. le garde des Sceaux. Impression de l'Imprimerie nationale, 1850.

L'examen du rapport présenté au nom de la commission du corps législatif chargé d'examiner le projet de loi sur la transcription, en matière hypothécaire, est fort instructif à cet égard (1). Les deux opinions, dit M. de Belleyme, rapporteur, ont été soutenues dans le sein de la commission. « Une partie de ses membres a pensé que, si l'héritage *ab intestat* devait être dispensé de la transcription parce que l'héritier continue la personne du défunt et sur parce que son droit s'établit publiquement en vertu de la loi et des actes de l'état civil, il n'en est pas de même de l'héritage testamentaire. Si les testaments restent occultes, si rien ne révèle au public le droit du légataire, les tiers peuvent être trompés par une vente que leur consent l'héritier légitime, propriétaire apparent que la loi institue publiquement et que le testament déshérite en secret, la revendication du légataire vient alors dépouiller les acquéreurs de bonne foi. Tout immeuble dépendant d'une succession se trouve, dès lors, soumis à l'incertitude du droit de l'héritier ou du droit du légataire, et comme tous les immeubles passent à leur tour par la filière des successions, on voit que la non transcription des testaments laisse subsister un trouble et une obscurité consi-

(1) *Moniteur* de 1854, supplément du 31 mai, annexe au procès-verbal de la séance du corps législatif du 20 mai 1854; annexe 1, p. XXXIV, n° 254; voir aussi un résumé des débats dans Verdier, Transcription, introduction en tête de l'ouvrage, p. XV, et dans Flandin, Transcription, p. 12, n° 17; voir aussi au D., p. 55-4-29, n° 29.

dérables dans l'établissement de la propriété et une véritable lacune dans la loi. L'objection tirée de ce que le mort saisit le vif et que la propriété ne peut pas, jusqu'à la transcription, rester incertaine, est résolue par l'effet rétroactif qui serait attribué à la transcription comme il est au partage. Enfin les difficulté pratiques disparaitraient en fixant, à partir du décès, un délai dans lequel la transcription devrait avoir lieu, passé lequel elle perdrait ses effets rétroactifs et ne vaudrait contre les tiers que du jour ou elle aurait été faite.

Malgré la valeur de ces considérations, la majorité de la commission a adopté l'opinion contraire et il résulte très nettement du rapport précité, qu'elle a entendu affranchir formellement de la transcription les legs translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels. On a craint, en exigeant la transcription, pour opérer l'investiture de la propriété, dans la personne des légataires à l'égard des tiers, de renverser le traditionnel adage « le mort saisit le vif ». On a trouvé que puisque les droits des légataires étaient sacrés, comme étant l'expression de la dernière volonté d'un mourant, on ne pouvait les livrer à la merci des héritiers. On a ajouté surtout que les légataires, qui ne peuvent connaître le plus souvent le moment de l'ouverture de la succession et qui peuvent, en outre, résider fort loin du lieu où elle s'ouvre, auraient été, la plupart du temps, dans l'impuissance de remplir à temps la formalité, à laquelle serait subordonnée la validité de leur

droit et qu'ainsi cette subordination aurait été une atteinte directe au droit des testataires eux-mêmes, qui verraient l'exécution de leurs dernières volontés à la merci de la loyauté et de la bonne foi de leurs parents qu'ils déshéritent.

Nous ne saurions trop regretter que le législateur de 1855 ait cru devoir se laisser guider par de semblables considérations. A un premier examen elles paraissent assez logiques, mais après les avoir étudiées de près et après avoir déduit toutes les conséquences qui en découlent, nous nous rallions entièrement à l'opinion de Mourlon qui ne voyait dans ces arguments « qu'une vaine déclamation, employée tout exprès pour cacher, sous de grands mots, un véritable non sens en même temps qu'une grosse injustice » en nous cantonnant dans les seules hypothèses relatives aux servitudes, il nous est facile de concevoir l'espèce suivante : soit un *de cujus* propriétaire d'une maison et d'un jardin attenant, qui lègue à un ami sa maison en stipulant que l'on ne pourra pas construire dans le jardin (1). L'héritier légitime sera donc propriétaire du jardin mais, comme il n'est pas obligé, nous semble-t-il, d'après l'opinion générale, de faire transcrire

---

(1) Il s'agit ici d'une servitude créée par testament, il ne peut être question d'y voir une servitude créée par destination de père de famille, car elle n'est pas apparente. Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau. Des biens 3e édition, n° 1121-22 et surtout de nombreux arrêts cités en note.

le testament, ce jardin est grevé d'un droit absolument occulte, la servitude *non ædificandi* au profit de la maison voisine. L'héritier, de mauvaise foi, pourra donc vendre le jardin sans signaler la servitude ou bien, après plusieurs mutations successives, ou simplement après un certain laps de temps, ses ayants cause pourront l'ignorer et vendre de fort bonne foi l'immeuble comme franc et quitte de toute charge. Quand l'acquéreur éventuel du jardin voudra construire sur son terrain, le propriétaire de la maison s'y opposera. Si par hypothèse, le vendeur du jardin est insolvable, l'acquéreur se trouvera lésé sans avoir pourtant aucun manque de vigilance à se reprocher.

Telle serait, il nous semble, la situation d'après la majorité des auteurs (1). Nous n'avons pas trouvé, pour cette hypothèse, d'éclaircissements dans la jurisprudence, mais il nous est difficile d'accepter cette solution aussi injuste qu'illogique avec la même sérénité que M. Flandin (voyez *De la transcription,* chap. I, n° 19, t. I, p. 15). « Je n'ai point à rechercher si le législateur a eu tort ou raison d'excepter les testaments de la formalité de la transcription. Le législateur a prononcé, et tout examen nouveau de la question serait absolument sans objet. »

---

(1) Notamment d'après Dalloz, jurisprudence générale, *verbo,* transcription, n° 270, et Mourlon. Transcription, t. I, p. 229, n° 109.

La possibiité d'existence d'un pareil droit occulte, est, pour notre régime de propriété foncière, une tare grave. Il serait logique d'admettre que les servitudes qui constituent une dérogation au principe général de la liberté des héritages les uns vis-à-vis des autres, ne sauraient exister en dehors d'une efficace publicité.

Pour essayer d'arriver à un résultat plus logique, nous avions d'abord proposé une interprétation totalement différente. Une étude plus approfondie nous a obligé à l'abandonner mais il nous paraît utile d'en rappeler l'argumentation qui sera la meilleure justification d'une proposition de modification.

Puisque c'est uniquement sur les travaux préparatoires que l'on se base pour dispenser de transcription les servitudes créées par testament disions nous, examinons si cette interprétation des débats, qui ont précédé le vote de la loi, est à l'abri de toute critique.

Etudions d'abord les résultats de l'enquête faite avant le vote de la loi auprès des Cours d'appel et des Facultés de droit, publiés sur les ordres de M. Martin (du Nord) (1).

Les Cours d'Agen, Angers, Douai, Grenoble, Limoges, Metz, Nancy, Paris, Rouen et la Faculté de droit de Strasbourg, ont proposé de dispenser les

---

(1) Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiées par ordre de M. Martin (du Nord), garde des Sceaux.

testaments de publicité (introduction, p. LXXIX). Mais il résulte clairement de leurs rapports qu'elles n'envisagent les testaments que comme dévolutifs de propriété. Les seuls avantages qu'elles voyaient à leur publicité étaient, en effet: établir la généalogie des propriétés, et résoudre d'une manière favorable aux tiers les questions relatives aux actes de l'héritier apparent.

Les deux seuls rapports qui ont, pour les testaments, fait une distinction entre les actes dévolutifs et les dispositions créatrices de servitudes, se prononcent nettement pour la transcription de ces dernières dispositions. Nous les citons textuellement:

1° Cour de Dijon (t. I, p. 226): « Ces motifs ont déterminé la Cour à ne point exiger la publicité pour les transmissions à cause de mort. Elle n'en a excepté que les dispositions testamentaires grévant un immeuble entre les mains du propriétaire, de charges nouvelles présentes ou conditionnelles qui devront être rendues publiques par celui en faveur de qui les charges sont créées ou les conditions devront s'ouvrir, faute de quoi l'immeuble passerait affranchi de ses charges entre les mains des tiers. »

2° La Cour de Grenoble (t. I, p. 246), propose d'ajouter à l'article 1014 du Code civil, un dernier paragraphe ainsi conçu: « Si le legs a pour objet des biens susceptibles d'hypothèque ou un droit d'usage, ou d'habitation, ou une servitude... ce legs n'a d'effet, à l'égard des tiers, du jour du décès,

qu'autant que dans les six mois à compter de ce décès, les dispositions du testament, relatives à ce legs ont été transcrites au bureau des hypothèques, de la situation des biens. Lorsque la transcription ne sera pas faite dans ce délai, le legs n'aura d'effet à l'égard des tiers, que du jour de l'accomplissement de cette formalité. »

Dans les débats qui ont précédé le vote de la loi, on se base surtout, pour démontrer que les testaments ne sont pas soumis à la formalité de la transcription, sur un passage du rapport fait, au nom de la commission du corps législatif, chargée d'examiner le projet de loi sur la réforme hypothécaire par M. A. Debelleyme (1), député. Il pose ainsi la question: « la première question a été de savoir si les testaments doivent être soumis à la transcription lorsqu'ils opèrent des mutations de propriété immobilière », et dans tous les développements qui suivent, il envisage les testaments au seul point de vue de la dévolution de la propriété des biens du *de cujus*, sans s'arrêter au cas où le testament peut contenir des dispositions de nature différente.

Mais, en dehors de la dévolution des biens du *de cujus*, un testament peut contenir d'autres dispositions tout à fait différentes. On peut y trouver, notamment, une reconnaissance d'enfant naturel (s'il est authentique), une constitution de servitude.

---

(1) Moniteur de 1854. Supplément du 24 mai, annexe 1 au procès-verbal de la séance du corps législatif, du 20 mai 1854.

Ces hypothèses ne sont pas régies par la loi de 1855.

La reconnaissance testamentaire d'enfant naturel sera régie, sauf pour la forme de l'acte, par les lois qui règlent la filiation naturelle, c'est là un point certain.

Il nous paraît tout aussi logique d'admettre que la constitution de servitude doive être régie, elle aussi, par la législation relative aux servitudes.

Or, l'article 2 de la loi de 1855, prescrit la transcription de toute constitution de servitude. Et le législateur n'a pas repris, à propos de cet article, la discussion relative à la transcription des testaments. Donc, il nous paraît rationnel d'admettre que la dispense de transcription des testaments ne s'applique qu'à la dévolution des biens et non aux constitutions de servitudes, car ce sont deux choses tout à fait distinctes.

La dévolution des biens les répartit entre les divers légataires, mais ne change pas les rapports des biens entre eux. Cette dévolution n'a, d'ailleurs, rien d'occulte, elle sera connue des tiers par la prise de possession des légataires, par la jouissance qu'ils auront des biens, par la nécessité dans laquelle ils se trouveront, pour justifier leur droit, de communiquer leur titre (le testament) aux tiers qui traiteront avec eux.

Rien de semblable, au contraire, en matière de servitude, de servitude négative surtout.

Le propriétaire du fonds dominant, n'aura rien à faire, ne manifestera son droit en aucun façon,

tant qu'aucun acte contraire à la servitude ne sera pas fait.

Il pourra bien demander une délivrance de legs, mais cette délivrance n'est pas constitutive de servitude, la constitution se trouvant dans le testament, aussi ne devra-t-elle pas être obligatoire ment transcrite. Peut-être le légataire la fera-t-il transcrire par mesure de précaution, mais légalement il n'y est pas obligé.

Dans un ordre d'idées voisin, l'article 1069 assujettit expressément à la transcription les testaments qui contiennent des disposition à charge de rendre, c'est-à-dire, des substitutions permises.

Par analogie on peut admettre que l'article 2 de la loi de 1855 assujettit tacitement à la transcription les testaments qui contiennent des constitutions de servitudes.

Nous verrons tout à l'heure que les partages ne sont pas sujets à transcription car notre Code considère qu'ils sont déclaratifs et non attributifs de propriété. Mais la dispense de transcription cesse pour eux quand ils contiennent des constitutions de servitude, parce que cette dernière disposition est tout à fait indépendante de la répartition des biens entre les co-partageants. La constitution de de servitude doit être transcrite même dans ce cas, parce qu'elle change les rapports normaux du fonds dominant et du fonds servant et parce que les tiers ont le plus grand intérêt à connaître ce changement.

L'analogie est à peu près complète entre le tes-

tament et le partage constitutifs de servitude. Si l'un doit être transcrit, l'autre paraît devoir l'être pour les mêmes raisons.

La loi de 1855 a admis, comme principe directeur, la nécessité de transcrire toutes les constitutions de servitudes. Nous avons montré plus haut pour quelles raisons cette transcription unique était souvent un mode de publicité insuffisant.

On ne doit donc, si l'on ne veut pas complètement ruiner le principe que consacre la loi, admettre de dérogations, qu'en vertu d'un texte formel qui manque en notre hypothèse.

Il est malheureusement difficile de concilier cette interprétation avec les termes de la discussion intervenue à la séance du samedi 13 janvier 1855 entre M. Duclos, membre de la commission, et M. Debelleyme, rapporteur (voir *Moniteur* de 1855, n° du 15 janvier). M. Duclos demandait si les dispositions des deux premiers articles, autres que le paragraphe premier de l'article 1 étaient applicables aux actes qui n'ont pas la nature d'actes entre vifs. Le rapporteur lui répondit que « la rédaction des deux premiers articles, dans son ensemble, ne permettait pas de supposer qu'ils s'appliquent à autre chose qu'à des actes entre vifs. »

Nous regrettons que cette interprétation ait été adoptée sans une discussion approfondie. La solution classiquement adoptée est certes justifiée par elle, mais cette justification nous paraît insuffisante pour légitimer un pareil résultat. Une distinction s'impose, à notre avis, pour les testaments, en-

tre les dispositions normales réglant la dévolution des biens, et les dispositions créatrices de rapports nouveaux entre les immeubles, rapports qui, nous le répétons, sont exceptionnels et contraires au droit commun. On peut bien nous objecter que nous arriverions ainsi à publier les démembrements de la propriété, d'une manière plus efficace que la propriété elle-même, mais nous nous empressons de répondre que nous sommes partisans de la publicité de toute mutation immobilière et que d'ailleurs la propriété se consolide entre les mains du possesseur beaucoup plus facilement que les servitudes. La prescription de 10 à 20 ans ne joue pas, en effet, pour les servitudes (1). Dans l'exemple que nous avons proposé plus haut, la prescription trentenaire ne commencerait à courir que du premier acte contraire à la servitude (construction) c'est-à-dire fort longtemps, peut-être, après sa constitution.

2° *Servitudes créées par un partage.* — Les successions sont une cause fréquente de création de servitudes, non seulement comme nous venons de le voir, le testateur peut créer lui-même des servitudes par acte de dernière volonté, mais encore et plus souvent même il arrive que ses ayants cause en créent dans le partage, en morcelant entre eux

---

(1) Jurisprudence fixée. Voir les auteurs et les arrêts cités par Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1113, p. 842, note 1.

les immeubles du *de cujus*. Les termes de l'article 2 de la loi de 55, paraissent, à première vue, imposer la formalité de la transcription à ces servitudes qui sont, sans conteste, établies par actes entre vifs. Mais la difficulté nait ici d'un principe, différent, de la fiction de droit que l'article 883 sanctionne dans notre Code civil. Cette fiction veut que le partage soit déclaratif et non translatif de propriété, c'est-à-dire qu'il ne fait acquérir aucun droit aux co-partageants, qu'il ne fait que confirmer et consolider leurs droits sur une partie de la succession. Comme conséquence de ce principe, les partages de succession s'appliquant à des immeubles, ne sont pas soumis à la formalité de la transcription. Malgré les critiques qu'elle soulève, et les dangers qu'elle présente pour les tiers (1), cette règle est indiscutable (2). S'applique-t-elle aux servitudes créées par le partage? La question est encore vivement controversée par les auteurs, bien qu'en pratique, la question paraisse définitivement fixée par un sage jurisprudence.

Mourlon est un des premiers commentateurs à avoir étudié la question, il prend brièvement, mais très nettement, parti pour l'exemption de la formalité de la transcription en faveur des servitudes créées par un partage (Transcription, n° 199,

---

(1) Marc Desserteaux. Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit français. *Thèse*, p. 442 et sq.

(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl. Des successions, t. 3 n° 3270 à 3276 et les auteurs et arrêts cités en notes.

p. 417) « le service foncier ainsi établi, dit-il, ayant été détaché ou démembré d'un droit de propriété compris dans la masse partageable, l'héritier qui en bénéficie le tient réellement du défunt. »

M. Dayras a reproduit cette argumentation dans la *Revue pratique de droit français* de 1878 (t. 45, p. 329 et sq), sans apporter d'arguments nouveaux. Il critique un arrêt de la Cour de Pau de 1875 qui venait d'inaugurer la jurisprudence — constamment maintenue depuis — qui consiste à séparer, dans une hypothèse semblable à celle qui nous occupe, la disposition qui constitue un partage déclaratif de propriété, donc dispensée de transcription, de la disposition complémentaire et de nature différente, créatrice d'une servitude et qui n'a aucun titre à bénéficier de l'effet déclaratif. Les observations sont presque essentiellement basées sur des considérations sur la portée de la fiction de l'article 883 telle que la comprenaient les auteurs de la loi. Bien que la jurisprudence paraisse s'être définitivement fixée en sens contraire, MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Colin et Capitant, continuent enseigner cette opinion (1).

On trouvera aux Pandectes françaises (rep) V transcription, n° 312, un résumé très complet de tous les arguments invoqués en faveur de cette théorie. La constitution de servitude est, dit-on, une clause du partage, ce qui lui est un titre à jouir

(1) Voir leur traité des successions, t. 3 (t. 9 de la collection générale), 3e édition, p. 669, n° 3348 et notes 8-9-10; Colin et Capitant. Cours de droit civil, t. II, p. 457, préc.

également de l'effet déclaratif — effet qui entraîne sans discussion possible la dispense de transcription. De plus, l'héritier qui acquiert un droit réel, démembrement d'un droit de propriété faisant partie de la succession, doit être considéré comme tenant ce droit directement du *de cujus*, ainsi qu'on le décide pour le droit de propriété pur et simple. Admettre le contraire, conduit à publier, dans le même acte de partage, la disposition secondaire, tandis que la mutation du droit de propriété, clause principale et essentielle, reste légalement occulte. On ne pourrait d'ailleurs concevoir, la constitution d'une servitude personnelle comme l'usufruit par un partage n'étant pas transcriptible, pourquoi la loi ferait une différence peu logique entre les servitudes réelles et l'usufruit. L'intérêt qu'ont les tiers à connaître l'existence des servitudes ne suffit pas non plus à imposer la transcription car ils ont un plus grand intérêt à connaître le partage tout entier et cependant la loi ne le publie pas.

Tous les autres auteurs qui ont écrit sur la transcription ont — croyons-nous — adopté l'opinion contraire qui a toujours été celle de la jurisprudence (1). Voici les principaux arrêts rendus sur

---

(1- Verdier. Transcription, t. I, n° 84 et 228; Ducruet. Transcr., p. 11, n° 10; Flandin, *op. cit.*, n° 782, p. 569; Aubry et Rau, 5e édit., t. 2, § 209, p. 447 et note 47 et t. 3 § 239 *bis*, note 2, p. 12; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 663; *Dalloz jurisprudence générale verbo.* Transcription, n° 417 et supplément *eodem verbo*, n° 94; Fuzier-Herman. Répertoire *verbo.* Transcription, n° 142, *verbo* servitude, n° 863 et *verbo* partage, n° 1083 et 1084.

la question. Cour de Pau, 26 janvier 1875 (Cassiau), S. 75-2-216, D. 76-2-109, Cass. 10 juin 1890 (Banque d'Algérie), S. 93-1-503, D, 91-1-33 Orléans, 7 avril 1897 (Chaintreau), S. 99-2-279, D, 99-2-238; Besançon, 28 mai 1902, *Revue du Notariat,* 1903, n° 11115 (sommaire aux tables perpétuelles de jurisprudence, *V°* servitude); Cour de Grenobre, 4 avril 1911 (Gaz. des Tribunaux, 1911, 2-41, S, 1911-2-208, *Revue du Notariat,* n° 14526; Liège, 18 décembre 1901, Pasier, 1902-2-157.

Tous ces jugements sont d'accord pour exiger que les servitudes réelles créées par un partage, soient transcrites. Si le partage, déclaratif, ne fait acquérir aucun droit aux co-partageants, mais confirme et consolide leurs droits sur la succession, et si les co-héritiers sont censés succéder directement au défunt, cette dernière raison a pour résultat fatal qu'il ne peut être question de dispenser de transcription les droits advenus aux héritiers qu'à la stricte condition que ces droits eussent appartenu au défunt (arrêt de Grenoble). Quant aux droits réels qui n'ont jamais figuré dans le patrimoine du *de cujus,* puisque ce sont les héritiers qui les ont créés postérieurement à son décès, et pour répondre à ces besoins nouveaux, il ne peut être question de les faire bénéficier de l'effet déclaratif. Il est, en effet, bien évident que l'héritier auquel a été attribué le fonds dominant, a un droit de propriété différent de celui du défunt, puisque il est investi d'un droit que son auteur ne pouvait posséder en vertu du principe *nemini res sua servit.*

C'est vainement, en outre, qu'on allèguerait que la constitution de servitude est la conséquence et, en quelque sorte, l'accessoire du partage. Il en est bien ainsi vis-à-vis des héritiers, mais vis-à-vis des tiers elle est *res inter alios acta,* et ne peut, par suite, leur être opposée que si elle a été rendue publique par voie de transcription (1).

Il y a certainement, à première vue, une contradiction dans le fait que, de deux dispositions contenues dans le même acte, la plus grave, celle qui constate la mutation de la propriété, reste occulte, tandis que la disposition accessoire, créatrice de servitude doit être publiée — mais cette anomalie est, jusqu'à un certain point, justifiable — la fiction, créée par l'article 883, ne doit pas être indéfiniment étendue, et, de plus, sous un régime de publicité, il faut porter à la connaissance des tiers, le plus de droits possible, et surtout publier les démembrements du droit de propriété qui sont de nature plutôt exceptionnelle.

3° *Servitude créée par destination du père de famille.* — La question de savoir si les servitudes, créées par destination du père de famille devaient être transcrites, a été encore plus discutée que celle que nous venons d'étudier.

La destination du père de famille est « l'acte par lequel le propriétaire de deux héritages établit entre eux un rapport qui constituerait une servitude,

(1) Jugement de Besançon du 28 mai 1902, précité.

s'ils appartenaient à des maîtres différents ». Le législateur suppose que le jour où les fonds passent à des propriétaires différents, ou le jour où se divise un immeuble appartenant à un seul propriétaire, les parties ont l'intention de maintenir les dispositions créées par le père de famille (le propriétaire des deux immeubles), et qui subsistaient toujours lors de la séparation des deux fonds. On peut donc admettre que ce mode d'établissement de servitude est basé, non sur la seule volonté du propriétaire primitif, du père de famille, mais bien sur la convention tacite de ses ayants cause, convention relative au maintien de l'état des choses antérieur à la création de la servitude qui, elle n'apparaît comme telle qu'au moment de la division des immeubles (1).

Demolombe a remarquablement mis en vue le caractère concensuel de ce mode d'établissement des servitudes (Servitudes, t. II, n° 804, p. 304) : « De deux choses l'une : ou l'acte, quel qu'il soit, s'explique formellement sur le maintien ou sur la suppression du service qui existe entre les héritages au moment de la division, et alors il n'y a pas de difficulté — la servitude se trouve directement établie par titre — ou l'acte garde le silence sur la suppression ou le maintien du service existant, ou bien encore cet acte n'est pas représenté et alors, précisément, s'élève notre question qui consiste à savoir quelle a été, à cet égard, l'intention, soit des parties

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1115, p. 844.

contractantes, soit du disposant, et dans le cas où il est reconnu qu'ils ont voulu maintenir le service existant entre les deux fonds, on s'est, dès longtemps, accoutumé à dire que la servitude se trouve établie par la destination du père de famille, c'est-à-dire par l'effet de l'arrangement suivant lequel le propriétaire des deux fonds avait disposé l'un d'eux pour l'usage et l'utilité de l'autre. Mais la vérité, est que la servitude se trouve encore, dans ce cas, établie par *titre,* c'est-à-dire par la volonté même des parties à cet effet, volonté qui est seulement tacite au lieu d'être expresse. On sait, en effet, la maxime *eadem vis taciti atque expressi,* et c'est fort justement sous ce rapport que l'article 692 déclare que la destination du père de famille *vaut* titre ». On déduit la même conséquence de la comparaison des articles 692 et 694 avec les articles 639, 686, 640, 648, 653 à 685, et de la place qu'occupent ces articles. Il apparaît, de ce rapprochement, que toutes les servitudes autres que celles énumérées dans les articles 640 à 685 sont établies par le fait de l'homme : la volonté des contractants.

Les servitudes créées par la destination du père de famille ne résultant, ni d'un simple fait, ni de la seule autorité de la loi, mais bien d'une convention, disent Mourlon et quelques auteurs (1), doivent donc suivre la règle générale des servitudes établies

(1) Mourlon. Transcription, t. I, n° 115, p. 309; Verdier, t. I, n° 232, p. 427; Hitier. La Transcription en matière de servitude. *Thèse,* Paris. 1890; Rivière et Huguet. Transcription, t. I, p. 232.

par le fait de l'homme et être publiées. La convention à transcrire est, il est vrai, tacite, mais nous ne voyons pas pourquoi les conventions tacites seraient exemptées de la formalité de la transcription. La loi n'exige, dit-on, que la transcription des *actes* constitutifs de servitude, mais ce mot a, dans le langage du droit, plusieurs sens différents. Tantôt il désigne le titre lui-même, l'instrument probatoire, tantôt il s'applique au fait lui-même, à l'action ou à l'acte intervenu entre les parties. Dans l'article 778 du Code civil, par exemple, on trouve deux fois le mot acte pris chaque fois dans un sens particulier. Il n'est donc pas illogique de prétendre que l'article 2, § 1 de la loi du 23 mars 1855 a entendu prescrire la transcription de la convention génératrice de servitude, de l'acte lui-même et non de l'écrit qui le constate. Ce n'est pas l'écrit, rédigé seulement dans le but accessoire de conserver la preuve d'une convention, qui est constitutif ou translatif de propriété ou de servitude, mais bien la convention elle-même. La loi ne se borne pas seulement à exiger que tout écrit constatant une convention translative ou constitutive d'un droit réel soit transcrit, le principe qu'elle pose est plus général, il doit être ainsi compris que « tous les événements qui déplacent ou qui créent des droits réels, doivent être rendus publics sous peine d'être réputés inexistants au regard des tiers. »

Ceux qui ont un titre écrit devront donc le faire transcrire, et ceux qui tirent leur droit d'une convention tacite ou verbale, devront obtenir un titre

transcriptible de leur auteur, et cela judiciairement s'ils ne peuvent l'obtenir amiablement. Faute de transcription, le droit réel sera réputé clandestin et en subira toutes les conséquences. Cette solution a le seul défaut d'exiger beaucoup d'attention de la part de l'acquéreur d'un immeuble au profit duquel existe une servitude crée par destination du père de famille. Il faudra qu'il veille à ce que le titre d'acquisition qu'il transcrira fasse mention de la servitude, pour que son droit soit incontestable. S'il ne le fait pas, la loi tiendra la servitude non transcrite pour inopposable au regard des tiers. Il y a là une source de dangers pour l'acquéreur, mais cela ne doit pas suffire à faire écarter cette solution — *vigilantibus jura subveniunt.*

Nous devons toutefois reconnaître que cette solution, qui nous paraît séduisante, n'est pas celle de la majorité des auteurs (1).

L'article 2 de la loi du 23 mars 1855, disent MM. Baudry et Chauveau, ne vise que la transcription de l'acte constitutif de la servitude, ou titre écrit.

---

(1) Rivière et François. Explication de la loi du 23... n° 38; Hervieu. Interprétation de la loi du..., p. 172; Grosse. Commentaire de la loi du 23 mars 1855, n° 85; Lesenne, n° 50; Gauthier, n° 86; Flandin, t. I, n° 412; Aubry et Rau. 5 édit., t. III, § 252, p. 151, dernier alinéa du texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau. Des biens, n° 1125, p. 856 et note 3 (3e édition); Laurent, t. 8, n° 190; Huc, t. 4, n° 426; Pandectes *rep. verbo.* Servitude, n° 1744, *verbo* transcription, n° 430 à 433; Fuzier-Hermann, *rép. verbo,* servitude, n° 1161-1162; Dal*loz,* jurisprudence générale.

Or, ici, il n'y a pas de critique. Aubry et Rau critiquent plus complètement la doctrine de Mourlon. Ils ne peuvent admettre que celui qui veut se prévaloir de la destination du père de famille, doive se procurer, amiablement ou judiciairement, un titre, qu'il serait obligé de faire transcrire. Pour eux ce système est basé sur une « confusion entre les conventions verbales et les conventions tacites ou présumées ». Il a, en outre, le défaut d'ajouter à la loi des dispositions qui lui sont étrangères. Le législateur n'a prescrit la transcription que pour les actes constitutifs de droits de servitude et pour les jugements, déclarant l'existence de droits réels en vertu de conventions verbales. Il n'a certainement pas voulu exiger la rédaction d'un écrit pour constater la création de servitudes qui se constituent simplement par le concours de simples faits matériels.

Laurent va plus loin encore dans ses critiques. Si l'on force les parties à dresser un acte de leur consentement tacite, on supprime, à son avis, la destination du père de famille, organisée par le Code car le consentement de l'acte deviendrait alors exprès.

On pourrait objecter à ces critiques que la loi de 1855, postérieure au Code, a parfaitement pu le modifier, comme on a déjà dû l'admettre pour la garantie du vendeur (1), mais la jurisprudence paraît avoir rejeté l'interprétation que nous avons

(1) Voir Colin et Capitant, t. II, p. 457, précité.

préconisée. Un arrêt de la Cour de cassation, du 10 novembre 1897 (affaire Ramond), S. 1900-1-310, et Dalloz, 1898-1-177, paraît avoir définitivement tranché la controverse.

Nous trouvons, exposée par M. Brémond, dans la revue critique de législation et de jurisprudence de 1900, l'espèce que la Cour de cassation a eue à trancher :

La question s'est présentée devant le Tribunal de Castres (jugement du 19 mai 1896), la Cour de Toulouse (arrêt du 21 janvier 1897), et la Cour de cassation (arrêt du 10 novembre 1897), dans les circonstances suivantes : Le propriétaire d'un grand domaine avait ouvert, dans sa propriété une rue privée, aboutissant sur chacune de ses extrémités, à une voie publique, et mettant par suite en communication ces deux voies publiques. Cette opération était faite en vue de faciliter la vente du domaine par lots séparés, en permettant de constituer ces lots en bordure sur une rue. Le propriétaire n'eut pas le temps de réaliser ses projets de vente. Ses créanciers saisirent l'immeuble, le firent vendre aux enchères en conservant la disposition des biens créée par leur débiteur. Le cahier des charges mentionna expressément l'existence de la rue privée et indiqua que les divers lots constitués étaient en bordure sur cette rue. L'adjudication eut lieu, au profit de deux adjudicataires seulement qui devinrent ainsi acquéreurs de tous les lots et, par suite d'une convention postérieure intervenue entre eux, celui des deux qui était adjudicataire du plus grand nom-

bre de lots, devint seul propriétaire du terrain affecté à la rue privée. Peu de temps après, la commune de Castres fit prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique, d'une partie du terrain appartenant à l'adjudicataire principal. Le jugement d'expropriation et le plan y annexé, indiquent d'une façon précise que la parcelle expropriée est limitée et bordée par la rue privée, laquelle est exactement celle qui avait été tracée par le propriétaire primitif — antérieurement à la saisie, et qui avait été conservée depuis sans modifications Il s'agissait de savoir si la commune avait acquis, dans cette circonstance, une servitude de passage sur la rue privée.

Il est certain que l'on rencontre en l'espèce les éléments constitutifs de la destination du père de famille. La situation de fait, créatrice de la servitude de passage, était l'œuvre du propriétaire lui-même — la forme de la rue établissant une communication apparente et continue avec les autres artères de la ville. De plus, le jugement d'expropriation, qui avait consacré la séparation des deux immeubles, ne contenait pas de mentions relatives à la servitude. On pouvait donc admettre que toutes les conditions, exigées par l'article 694, se trouvaient réunies. La seconde partie de l'arrêt de la Cour de cassation est ainsi motivé: « attendu qu'aux termes de l'article 692 du Code civil, la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes et que, d'autre part, l'article 694 étend la destination du père de

famille, au cas où le propriétaire des deux héritages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, qu'on doit, dès lors, considérer les servitudes légales comme opposables aux tiers, indépendamment d'une transcription, que l'absence de tout acte qui les constate rend impossible, qu'on ne saurait, en fait, exiger des bénéficiaires de ces servitudes qu'ils se procurent un acte pour le faire ensuite transcrire, que ce serait non seulement ajouter à la loi, mais transformer un consentement tacite en un consentement exprès, et supprimer la destination telle que le Code l'organise... » (1).

Nous n'avons pas trouvé d'autre arrêt sur la question, mais celui que nous citons est formel et aurait certainement une influence décisive si la question venait à se poser de nouveau dans la pratique.

4° *Servitude acquise par prescription.* — Il est un autre cas où la servitude peut être constituée, par le seul fait de l'homme sans qu'il y ait de titre constitutif et même sans qu'il y ait d'accord entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant, c'est le cas d'une servitude acquise par prescription.

Ce mode d'établissement est prévu par l'article

(1) Voir au *Dalloz* la note de M. Boistel sur cet arrêt et le rapport de M. le conseiller Alphandery, surtout colonne 2, p. 182.

690 du Code civil: « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans ».

Il ne peut, en ce cas, être question de transcription, celui qui invoque la prescription trentenaire, ne s'appuyant ni sur un titre ni sur une convention tacite. Son droit résulte d'un *fait:* la possession. Dans la pratique, d'ailleurs, la publicité qui résulte de la possession, qui doit, conformément aux règles générales, être publique et non équivoque, sera, en fait, suffisante par elle-même.

C'est la solution que l'on admet pour la prescription de la propriété pure et simple. *A fortiori,* on doit l'admettre pour l'acquisition de la servitude par prescription (1).

Toutefois, une controverse a été soulevée, qui a fait intervenir, au moins de façon indirecte, le principe de la transcription. Si, en effet, malgré les termes de l'article 690, on admet, pour les servitudes, la prescription de 10 à 20 ans, il y a lieu de rechercher si, en ce cas, le juste titre, exigé par l'article 2265, doit être transcrit. La solution donnée à cette question doit être la même que celle qui est acceptée en matière de propriété.

Selon Aubry et Rau (t. II, p. 319, note 106), l'acquisition de la propriété par l'acquéreur *a non domino* qui a possédé pendant 10 ou 20 ans, repose

---

(1) En ce sens, Flandin, t. I, n° 427-428, p. 306; Lesenne, n° 51; Fuzier-Hermann, répertoire *verbo,* transcription, n° 144; *verbo,* servitude, n° 1161; Pandectes françaises, *rép. verbo,* transcription.

moins sur la vente que sur l'usucapion puisque la vente n'est invoquée que pour colorer la possession et pour assurer à l'acquéreur l'avantage d'une durée réduite de prescription. On peut invoquer, en outre, que la transcription créée pour produire un effet immédiat, se verrait, en ce cas, privée de toute efficacité propre et serait seulement une des condition de l'usucapion. En outre, la loi n'exige qu'un juste titre et non un titre transcrit, et la transcription est établie dans l'intérêt des tiers et non du propriétaire (1).

Hâtons-nous de dire, d'ailleurs, qu'à notre avis la seule prescription qui puisse s'appliquer aux servitudes, est celle de trente ans, l'article 690 est formel à cet égard et la jurisprudence fixée. On a bien dit que l'article 2265, accordant de façon générale le bénéfice de la prescription de 10 à 20 ans à tous les possesseurs d'*immeubles* ayant juste titre et bonne foi s'appliquait à ceux qui possèdent une servitude, immeuble, d'après l'article 526. Mais, sans contester en rien la règle générale, nous croyons que le législateur y a expressément dérogé par l'article 690 qui précise que les servitudes continues et apparentes s'établissent, non par la prescription en général, mais par la possession de 30 ans, ce qui exclut l'usucapion de 10 à 20 ans. L'article 2264 confirme notre opinion car il insiste sur

(1) En ce sens, Mourlon, t. II, p. 512; Baudry-Lacantinerie. Cours élémentaire de droit civil, t. I, p. 1476; Contra: Demolombe, t. XXIV, p. 462; Flandin, t. II, p. 905.

la validité des dispositions spéciales comme celles édictées par l'article 690. C'était aussi l'avis de Malleville, un des rédacteurs du C. civil. En équité, on peut justifier encore notre explication en remarquant que la quasi possession d'une servitude étant moins sensible que la possession du droit de propriété, l'inaction du propriétaire de l'héritage grévé, doit être prolongé pour fournir une indication sérieuse (1).

5° *Servitudes établies par acte entre vifs à titre* gratuit. — L'étude des règles de la transcription, relative aux servitudes établies par une donation, est compliquée par une double controverse. On s'est demandé d'abord si le Code civil soumettait les servitudes ainsi constituées à la formalité de la transcription. Cette controverse n'a pas perdu son intérêt depuis la promulgation de la loi de 1855 car le défaut de publicité n'est pas sanctionné de la même manière pour la transcription ordonnée par la loi nouvelle, que pour celle qui est réglementée par les articles 939 et suivants du Code civil.

Une autre question importante est aussi discutée : c'est celle de savoir si celles des donations que l'article 939 ne soumettant pas à la transcription, y ont été assujetties par la loi du 23 mars 1855.

Sous le régime du Code civil, un certain nombre

---

(1) Voir en ce sens auteurs et jurisprudence cités par Baudry-Lacantinerie et Chauveau. Des biens, 3e édition, n° 1114, p. 842, note 1.

d'auteurs (1) enseignaient que l'article 939, qui prescrit la transcription de toute donation « *de biens susceptibles d'hypothèque* » devait s'appliquer à la constitution à titre gratuit des droits d'usage ou d'habitation et de servitudes, bien que l'article 2118 du Code civil, qui complète l'article 939 en énumérant les biens susceptibles d'hypothèques ne classe dans cette catégorie que: « 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires. Ils se basaient, pour cela, sur le principe qui avait inspiré le législateur et le but poursuivi en soumettant à la transcription certaines donations. Cette formalité n'avait d'autre but que de prévenir les tiers appelés à traiter avec le donateur, des réductions causées par la donation à la fortune immobilière de celui-ci. Les termes si limitatifs en apparence de « biens susceptibles d'hypothèques » s'expliquent en admettant que le législateur avait surtout en vue la défense des intérêts des créanciers hypothécaires éventuels du donateur. Il leur importait d'autant plus d'être prévenus des servitudes (ou des droits d'usage ou d'habitation), qui grèvent leur gage, que ces démembrements peuvent réduire considé-

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n° 80 *bis*, II; Mourlon, t. I, n° 113; Lesenne, n° 161; Sellier. Commentaire sur la transcription, n° 371; Larnaude, p. 157 et sq; voir aussi Bugnet sur Pothier. Des donations entre vifs, n° 102, note 2, cité dans Flandin, t. I, n° 679, et les auteurs cités par le même t. I, n° 679, note 1, p. 497.

rablement la valeur de l'immeuble tout en laissant au propriétaire du bien ainsi démembré, la possession et l'usage de son immeuble.

Il est d'ailleurs inexact de dire, ajoute-t-on en ce sens, que l'article 2118 soit le complément de l'article 939, ces deux textes ont une sphère d'application toute différente.

La loi qui prescrit de publier l'acte qui consacre le déplacement d'un droit, n'a pas pour but, en effet, de prévenir les tiers que l'acquéreur pourra désormais disposer de ce droit, elle veut simplement leur faire savoir que l'aliénateur en a perdu la libre disposition. Si c'était dans le domaine du donataire que l'on doive considérer si la chose donnée est susceptible d'hypothèque, on pourrait appliquer l'article 2118. Mais comme il est certain que la transcription de la donation n'est exigée que dans l'intérêt des tiers qui pourraient éventuellement traiter avec le donateur, il suffit que la chose donnée ait été susceptible d'hypothèque, tandis qu'elle appartenait encore au patrimoine du donateur, pour qu'il soit nécessaire de publier l'acte qui l'en détache. Sans doute, la donation consommée, on trouve dans le patrimoine du donataire un droit nouveau (servitude ou droit d'usage ou d'habitation) non susceptible d'hypothèque, mais pour apprécier si un droit est susceptible d'hypothèque, quant à l'application de l'article 939, il faut se placer à un autre moment, au moment même ou le propriétaire constitue la servitude sur son immeuble. Que donne-t-il alors? si ce n'est une fraction de

son droit de propriété? c'est-à-dire d'un droit susceptible d'hypothèque. Admettre le contraire, serait considérer simplement le crédit du donataire — ce qui n'est certainement pas le vœu du législateur.

Pour si ténus que soient ces arguments, il n'en ont pas moins entraîné la jurisprudence dans ses débuts et deux arrêts les ont consacrés: Caen, 19 mai 1853, D. 55-2-347; S. 54-2-72; et Riom, 23 mai 1842, S. 42-2-34.

Mais cette opinion n'a pas prévalu. La plupart des auteurs, et surtout les plus autorisés, ont repoussé cette interprétation.

Ils ont (1) trouvé qu'elle était incompatible avec la précision du texte de l'article 939, et surtout avec l'énumération contenue dans l'article 2118. Cette argumentation nous paraît plus acceptable, comme fondée sur le texte même de la loi. Elle a d'ailleurs, en sa faveur, la tradition historique. La loi du 11 Brumaire, an VII, avait abrogé l'insinuation qui était obligatoire pour toutes les donations (mobilières et immobilières) et l'avait remplacé (art. 26) par la transcription, mais cette formalité

---

(1) Demolombe, t. XX, n° 249; Aubry et Rau, t. VII, § 704, note 9, p. 384; Laurent, t. XXIX, n° 46; Flandin, t. 1, n° 679-680; Huc, t. VI, n° 210; Baudry-Lacantinerie et Colin. Donations et testaments, t. I, n° 1371; Hureaux. *Revue pratique de droit français* 1871, t. XXXII, p. 79; Planiol. Cours de droit civil, t. I, n° 2942; Pandectes françaises *verbo* transcription, n° 412 et sq; Fuzier-Hermann, *rép. verbo,* servitude, n° 862.

n'était plus exigée que pour « les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques », C'est à cet article 26 de l'ancienne loi qu'a été emprunté l'article 939. On décidait, sous la loi de Brumaire, que la transcription n'était nécessaire que si le droit transféré à l'acquéreur était susceptible d'hypothèque entre ses mains, et la différence entre les deux textes est trop minime pour que l'on puisse voir dans le plus récent une dérogation au premier.

Scinder la donation en deux parties, prétendre que, vis-à-vis du donateur, il y a aliénation partielle d'un immeuble susceptible d'hypothèque, apprécier l'objet du contrat en considérant seulement ses rapports avec le donateur et à une époque où le contrat n'est pas encore formé, nous paraît une pure subtilité. On ne peut qualifier un droit qui n'a pas encore d'existence propre et dans notre espèce — une fois la donation parfaite — la chose donnée n'est plus partie de l'immeuble du donateur, c'est simplement une servitude (ou un droit d'usage) non susceptible d'hypothèque. L'article 939 parle d'ailleurs de « *biens* susceptibles d'hypothèques », donc biens susceptibles d'hypothèques après avoir été donnés.

Dans notre droit, le principe est d'ailleurs que la propriété se transfère par le seul consentement des parties, même pour les donateurs (l'article 938 est formel sur ce point), l'article 939 constitue une dérogation à ce principe, mais comme il crée une déchéance contre le donataire, il nous paraît qu'il doit être interprété restrictivement.

La jurisprudence paraît avoir fini par adopter cette solution, voir en ce sens: Bordeaux, 10 juillet 1856, D. 57-2-56; Pau, 26 mai 1893, D. 94-2-395.

On peut donc admettre que le Code civil laisse les donations de servitudes en dehors des actes qui doivent être transcrits, il nous reste donc à examiner si l'article 2 de la loi du 23 mars 1855 peut s'appliquer à ces donations.

La difficulté n'apparaît pas ici, à première vue: « doivent être transcrits, dit la loi, tous actes constitutifs de servitude ». Les termes sont formels et si étendus, qu'ils ne paraissent autoriser aucune distinction entre les actes à titre gratuit et ceux qui sont, au contraire, à titre onéreux. Mais il faut concilier cet article 2 avec l'article 11 de la même loi, aux termes duquel « il n'est point dérogé aux dispositions du Code civil relatives à la transcription des actes portant donation, lesquelles continueront à recevoir leur exécution. » Certains auteurs ont pensé que l'article 11 avait été écrit pour servir de limite à l'article 2 et préciser la portée des termes qu'il emploie. Ce qui empêche évidemment de l'interpréter dans un sens général, englobant tous les actes — à titre gratuit comme à titre onéreux (1). Soutenir le contraire serait introduire

(1) Rivière et Huguet. Questions théoriques et pratiques sur la transcription, p. 324, n° 430; Mourlon, n° 111 et sq, p. 301 et sq, t. I; Huc, t. VI, n° 210; Baudry-Lacantinerie et Colin. Donations et testaments, 3e édit., t. I, n° 1372, p. 612.

dans notre législation, dit Mourlon, ce paradoxe étrange : la loi nouvelle soumet au régime de la publicité des actes qui, sous l'empire du Code, appartenaient à la clandestinité, malgré cela, rien n'est changé au Code car « en quoi est-ce déroger à un ancien état des choses que de le remplacer par un régime nouveau ? »

Il ne nous semble pas que cette solution doive être admise. Il nous est impossible d'admettre que le législateur qui a prescrit la publicité des constitutions de servitudes et autres démembrements de la propriété, quand ils sont constitués par acte à titre onéreux, ait admis une exception pour les actes à titre gratuit. Comment justifier les raisons de cette préférence pour celui qui est le moins digne d'intérêt? Soient, en effet, deux acquéreurs d'une servitude, un acheteur et un donataire qui revendiquent leur droit sans le fonder sur un titre transcrit, le premier *certat de damno vitando,* il est donc plus digne de protection que le second qui ne combat que *lucro captando.*

L'intérêt des tiers est le même dans les deux cas. Peu leur importe que le propriétaire se soit dépouillé par une donation ou par une vente. Le résultat seul de l'aliénation doit être rendu public sans tenir compte de ses causes. Admettre le contraire serait donner une prime à la mauvaise foi et à la fraude, car rien ne serait plus tentant pour certains que de dissimuler une vente sous le masque d'une aliénation à titre gratuit. C'est là précisément ce que le législateur de 1855 a voulu évi-

ter lorsque il a élargi et développé le système de la transcription, trop restreint dans le Code civil. Donner un sens trop limitatif à l'article 11, c'est méconnaître le but que la loi a voulu atteindre, mutiler le principe dans son application.

En présence des termes généraux de la loi qui englobent «tous les actes constitutifs de servitude» il faudrait, pour en restreindre les effets, une disposition impérative et expresse. La trouve-t-on dans l'article 11? Ce serait, croyons-nous, mal apprécier sa portée. Il prescrit, en effet, de ne pas déroger au système du Code civil quant à la transcription des actes portant donation, mais ce n'est pas déroger à un système que de le compléter. Le Code civil, tout en établissant le principe de la transcription, laissait à cet égard, en dehors de ses prévisions, les mutations à titre onéreux ainsi que les actes, à titre gratuit ou onéreux, constitutifs de droits réels non susceptibles d'hypothèques. La loi de 1855 ne déroge en rien à ce principe, elle est venue, au contraire, le compléter et en renforcer l'application en soumettant à la formalité les actes qui, primitivement, en étaient dispensés. Il n'y a pas dérogation aux règles du Code civil puisque leurs dispositions, relativement à la transcription, continuent à être appliquées, pour tous les cas qu'elles réglementent. Mais, au contraire, ces règles ont été confirmées et élargies, la lacune qu'elles laissaient ayant été comblée par la loi nouvelle. Nous admettons donc que les donations, ayant pour objet des servitudes, sont assujetties à la trans-

cription par la loi du 23 mars 1855, article 2.

Cette interprétation est d'ailleurs celle à laquelle se sont ralliés les auteurs les plus autorisés (1). En pratique elle est importante car les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de la transcription exigée par l'article 939, ne sont pas les mêmes que celles qui peuvent se prévaloir de l'absence de la transcription acquise par la loi du 23 mars 1855.

Rappelons à ce sujet que l'article 941 du Code civil autorise tout intéressé à se prévaloir du défaut de transcription, excepté toutefois « les personnes chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants-cause et le donateur ». La jurisprudence complète l'énumération du texte en y ajoutant le donataire et ses ayants-cause à titre universel ou même à titre particuier (2) et les héritiers et légataires universels du donateur (3).

Ce système est sensiblement plus large que celui créé par la loi du 23 mars 1855, qui exige, des per-

---

(1) Flandin, t. I, n° 681, p. 498; Verdier, t. I, n° 229 à 231, p. 423 et sq.; Aubry et Rau, t. 7, § 704, note 43, p. 396 et t. II, § 174, p. 57 et note 11; Troplong. Commentaire, n° 110 et sq; Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n° 80 *bis;* Demolombe, t. 20, n° 338; Bufnoir, p 135; Lesenne, n° 161; Pau, arrêt du 26 mai 1893. D. 94-2-395 précité, solution implicite.

(2) Jurisprudence et doctrine fixées en ce cas. V. Baudry-Lacantinerie et Colin, 3e édit., donations et testaments, t. 1, n° 1410 et les notes 1 et 2, p. 627.

(3) Voir Baudry-Lacantinerie et Colin précité, n° 1409 et notes 2 et 3, p. 626.

sonnes voulant apposer le défaut de transcription (art. 3), qu'elles aient acquis des droits sur l'immeuble, que ces droits soient sujets à la publicité et qu'ils aient été régulièrement transcrits. Cette disposition exclut notamment les créanciers chirographaires du donateur et les légataires particuliers.

APPENDICE

Actes abdicatifs
Actes récognitifs ou interruptifs de prescription
Servitudes constituées antérieurement a 1855

Nous venons d'étudier les diverses controverses que soulève l'application du paragraphe 1er de l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, au sujet de la transcription des actes constitutifs de servitudes. Notre étude serait forcément incomplète si nous n'examinions brièvement le second paragraphe de cet article 2 — paragraphe qui est le complément et la contre-partie du premier. Il pose, en principe, que la renonciation aux droits dont la création doit être publiée en vertu du premier paragraphe, est-elle même soumise à la publicité.

Les motifs sont les mêmes dans les deux cas, la sécurité des tiers ne peut être complète que s'ils ont un moyen infaillible de vérifier les garanties que leur offrent ceux avec lesquels ils se proposent de traiter. Une servitude augmente la valeur du fonds dominant et peut donc influer sur le crédit de son propriétaire. Il était, par conséquent, nécessaire de transcrire, ainsi que tout acte constitutif de servitude « tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ».

Cette disposition est si absolue dans ses termes, qu'elle semble entièrement à l'abri des controverses, et la renonciation paraît échapper à toute sorte de distinctions. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle se manifeste, la forme qu'elle revête, ses résultats sont invariables — celui qui l'a faite perd définitivement la propriété du droit réel auquel il a renoncé.

Il faut cependant, ici encore, pour éviter les erreurs, ou les contradictions avec d'autres principes, user de distinctions.

Ainsi les auteurs (1) sont généralement d'accord pour reconnaître que les renonciations — purement déclaratives ou confirmatives des droits d'autrui, ou celles qui se résument en un simple refus d'acquérir — ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription. Il est également admis aussi que les renonciations à cause de mort ne rentrent pas dans les limites du paragraphe 2 de l'article 2 de la loi de 1855. Tous les actes de dernière volonté, a-t-on nettement déclaré lors des travaux préparatoires de la loi, sont dispensés de transcription (2). Nous n'allons donc avoir à parler que des renonciations faites par actes entre vifs.

---

(1) Troplong. Transcription, n° 92 et s.; Rivière et Huguet, n° 65 et s; Mourlon. Section 3 du chapitre 1, t. I, p. 315 et sq, n° 120 à 134; Flandin, n° 435 et s.; Verdier, n° 248 et 165 et s.

(2) Nous ne rappelons ici que l'opinion généralement admise. Notre opinion personnelle est, en ce cas, la même qu'au cas de création de servitude par testament. Voir plus haut, p. 24.

En principe, chaque fois qu'une personne renonce, par acte entre vifs, à un droit réel dont elle est investie, cette renonciation doit être transcrite. Nous n'entrerons pas dans le détail d'une vive controverse, longuement discutée entre Mourlon et Verdier, qui s'est élevée sur le point de savoir s'il ne faut pas faire une différence entre la renonciation et répudiation, c'est-à-dire entre la renonciation extinctive et la renonciation transmissive, la première ne tombant pas, selon certains, sous l'application de notre paragraphe. Nous sommes persuadés que cette distinction est superflue en notre matière.

La servitude n'est qu'un droit accessoire, qui ne peut être séparée du fonds dont elle constitue une qualité, on peut y renoncer, certes, mais cette abdication a un effet seulement extinctif; elle dégrève le fonds servant du droit dont il était chargé, mais ne transfère rien. Le propriétaire du fonds grévé reprend seulement la libre jouissance de son immeuble.

Tous les auteurs admettent pourtant que la renonciation même tacite et indirecte à une servitude doit être transcrite, ainsi, on devra transcrire l'autorisation de construire donnée au propriétaire du fonds servant par le propriétaire du fonds auquel est attaché activement une servitude *non ædificandi* (1).

---

(1) Mourlon, t. I, n° 126 et 129; Verdier, t. I, p. 166; Flandin, t. I, p. 455; Demolombe, t. XII, p. 855; Fuzier-

Il n'y a pas ici à faire de distinction entre les renonciations à titre onéreux et celles à titre gratuit, entre vifs bien entendu (en ce sens, Lesenne, n° 24, Rivière et François, n° 13, Fandin, n° 440).

Ces solutions cadrent entièrement avec l'esprit de la loi de 1855. Les tiers, qui sont prévenus de la constitution de la servitude par la transcription de l'acte qui la crée, ont le plus grand intérêt à connaître la renonciation à ce droit, par le même moyen légal de publicité.

Quant aux renonciations résultant de la prescription ou du non usage pendant 30 ans, il n'est pas possible de les assujettir à la formalité de la transcription. En l'état actuel de notre législation, en effet, il n'y a pas, en ce cas, de titre, d'où impossibilité pratique de transcrire.

Ainsi d'une manière générale, la loi du 23 mars 1855 a proclamé le principe de la publicité des contrats, publicité aussi étendue que possible, de manière que les tiers soient toujours exactement renseignés sur le véritable état de la propriété. Pour arriver à ce résultat, elle a fait revivre la formalité de transcription, déjà mise en pratique par la loi du 11 brumaire, an VII, abandonnée ensuite par le Code civil, et en a fait la condition indispensable de l'existence du contrat vis-à-vis des tiers. Nous venons d'étudier dans quelles conditions on doit l'appliquer aux actes constitutifs de servitudes et

---

Hermann, *rep. verbo*, transcription, n° 343; Pandectes française, *cod. verbo*, n° 504.

maintenant une question se pose : la transcription est-elle obligatoire dans tous les cas, pour rendre la constitution de servitude opposable aux tiers, ne peut-on leur opposer une servitude qui serait publiée d'une manière aussi efficace mais dont le titre constitutif ne serait pas transcrit.

La question a déjà été examinée en partie, à propos de l'étude de la prétendue dispense de publicité des servitudes apparentes. La négative est certaine. La loi de 1855 a entendu faire de la formalité de la transcription le seul moyen légal de publier les constitutions de servitudes à l'égard des tiers. Le principe est ici le même qu'en matière de vente et ses conséquences sont identiques. La constitution de servitude n'est opposable aux tiers que du jour où elle est transcrite. Quand il y a conflit, soit entre deux actes constitutifs de servitude, (ou d'antichrèse ou de droits réels) soit entre un acte constitutif de servitude et un acte d'aliénation ou l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, c'est la date de la transcription qui détermine la priorité des effets de ces différents actes sans tenir compte de leur date respective (1).

La jurisprudence a admis ce principe comme indiscutable. On voit, en effet, dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 1er juillet 1902 (*Gazette du Palais,* 1902-2-506), sommaire aux tables perpétuelles de jurisprudence, 1912, verbo servitudes, n° 97 : « attendu que les formalités rigoureusement

(1) Aubry et Rau, 5e édit., t. 2, § 174, p. 83 et 84.

prescrites par la loi ne sauraient être suppléées et que la loi du 23 mars 1855 fait, de la transcription, vers les tiers, des aliénations et constitutions de droits réels qu'elle énumère ».

Nous avons trouvé, en ce sens, trois autres arrêts également formels : Orléans, 15 février 1905 (Guery). *La loi* du 1r mars 1905, p. 168 (avec note) et *Moniteur de Lyon,* 7 mars 1905 ; Pau, 13 juillet 1908 (ville de Biarritz). *La loi* du 17 décemb. 1908, p. 930, *Le Droit,* 20 nov. 1908, *Moniteur de Lyon,* 14 janv. 1909 ; Cass. Req., 20 janv. 1904 (Boudenet). S. 1909-1-123 et note 1.

Voir cependant en sens contraire Cass. 5 mars 1896 Caron), S. 1899-2-210 ; Cass. Req. 21 mars 1892 (Gassiot). S. 93-1-312 et Dijon, premiàre Chambre, 1er février 1910, *Rec. Dijon,* 1910-70. Le sommaire de ce dernier arrêt est aux tables perpétuelles de jurisprudence 1911, *verbo servitude,* n° 47, et au *Recueil des sommaires* 1910, n° 4215.
aux tables perpétuelles de jurisprudence 1911, *verbo servitude,* n° 47, et au *Recueil des sommaires* 1910, n° 4215.

Le principe est ici, nous répétons, le même qu'en matière de vente, et là aussi la jurisprudence est certaine. Voir en ce sens Douai, 4 avril 1895, *Gazette du Palais,* 95-2-107 et Caen, 6 août 1892 *Gazette du Palais,* T. Q., 1892-1897, *verbo transcription,* n° 70 et *Rec. de Rouen,* 93-2-81 ; Bordeaux, 3 mars 1896, *Gazette du Palais, eodem loco n° citato* et *Rec. Bordeaux,* 96-1-193.

Mais si la loi n'admet aucune exception pour les actes constitutifs de servitudes, dressés depuis le 1 janvier 1856, en vertu du principe que les lois

n'ont pas d'effet rétroactif; elle ne porte aucune atteinte aux situations acquises avant cette date. Les servitudes créées alors continuent à exister valablement, à condition qu'elles soient en règle avec la législation en vigueur lors de leur création. Ainsi pour les droits réels acquis avant la promulgation du Code civil, on doit appliquer les règles établies par les anciennes coutumes. Ceux qui, par exemple, avaient acquis par prescription à l'époque où le Code civil a été promulgué, une servitude qu'on ne peut plus acquérir de la même manière aujourd'hui, continueront à en être valablement propriétaires sauf, bien entendu, les difficultés de la preuve. Il ne peut donc être question d'exiger la transcription du titre pour les servitudes constituées avant le 1er janvier 1856 (1) à condition que ces titres aient date certaine.

Il faut même, en ce cas, admettre toutes les conséquences du principe et, notamment, que les actes postérieurs à la date de mise en application de la loi du 23 mars 1855, mais qui sont seulement récognitifs ou confirmatifs d'autres actes constitutifs de servitudes antérieurs à cette même loi, ne sont pas soumis à la formalité de la transcription. Cela a été formellement jugé par la Cour de Nancy le 16 novembre 1889 (S. 1891-2-161), voir aussi en ce sens Rivière et Huguet, n° 414, Troplong, n° 350,

(1) Cass. 1er mars 1831, S. 31-1-263; D. 31-1-120; Rennes, 18 févr. 1820, S. chron.; Bastia, 6 juin 1855, S. 55-2-496; Toulouse, 26 déc. 1895; *Gaz. Pal.*, 96-1-338, et un arrêt plus récent. Cass. civ., 30 juin 1909, *Gaz. Pal.*, 1909-2-322; D. 1909-1-484; S. 1909-1-495.

Mourlon, t. 2, n° 1.110, p. 746 et Aubry et Rau, t. 2, p. 299, § 209, B. 1°.

Bordeaux, 9 juillet 1879 (Parenteau), S. 1880-2-293, Fuzier Herman, rep., *Verbo* transcription, n° 448 et suivants, et Pandectes françaises, rep., *eodem verbo,* n° 133.

Faut-il déduire de cet arrêt de Nancy que les actes recognitifs de servitudes, même constituées après 1856, sont en eux-mêmes dispensés de transcription. Aubry et Rau (t. 2, p. 299, § 209, B, 1), décident que, d'une manière générale, les actes recognitifs ne sont pas soumis à la transcription. Nous n'avons pas trouvé, dans la jurisprudence, de décisions au sujet de ces reconnaissances pour des servitudes constituées après le 1er janvier 1856, mais la plupart des auteurs paraissent admettre, en ce sens, la dispense de transcription (1).

L'article 695 prévoit, d'une façon assez peu précise, il est vrai, la nécessité de ces actes, mais il n'est dit nulle part, dans le Code, dans quel cas le propriétaire du fonds dominant pourra le demander. Il ne peut se baser sur l'article 2263 qui est écrit pour l'hypothèse d'une rente et ne paraît donc pas pouvoir s'appliquer en notre espèce. Nous devrons donc admettre que le propriétaire du fonds dominant peut exiger de celui du fonds asservi un titre recognitif toutes les fois qu'il aura un intérêt certain à le demander, notamment si le titre constitutif a été perdu ou détruit, ou dans le cas prévu

(1) Voir les auteurs cités plus haut, p. 57 et note.

par les articles 703 et 704. Le titre nouvel empêcherait alors la prescription de s'accomplir, et il paraît impossible de refuser au propriétaire de la servitude le droit de le demander, car, en pareil cas, il n'a pas d'autre moyen d'exercer son droit. Il nous paraît que cette dispense de transcription de l'acte recognitif est une lacune de notre système de publicité. Dans le cas de l'article 704 notamment, les acquéreurs des biens grevés d'une servitude, dont l'usage aura été interrompu pendant plus de 30 ans, auront une légitime raison de croire leur fonds affranchi par l'extinction, par non usage, du droit du propriétaire du fonds dominant et seront fort désagréablement surpris de se voir opposer un acte recognitif clandestin.

L'inconvénient, pour les tiers, est le même pour les actes portant renonciation à prescription ou reconnaissant une interruption ou une possession précaire. Ces actes restent clandestins et, cependant, les tiers auraient grand intérêt à les connaître. Supposons, par exemple, une maison vendue, avec des vues directes sur un fonds voisin à une distance interdite, existant depuis plus de 30 ans. L'acquéreur pourra se voir opposer une reconnaissance d'interruption de prescription ou de possession précaire qu'il n'aura eu aucun moyen de connaître lors de son contrat.

Il aura bien un recours en garantie contre son vendeur, mais ce recours peut être illusoire en cas de déconfiture du vendeur ou en cas de vente judiciaire.

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE DE LA LEGISLATION ACTUELLE ET ESSAI DE CONSTRUCTION D'UN SYSTEME RATIONNEL

I. — Critique de la législation actuelle sur la transcription des actes constitutifs de servitude

La loi du 23 mars 1855 a à peine ébauché la publicité des servitudes. Les améliorations, les extensions proposées, ne font qu'atténuer le mal (1). Même en les tenant pour réalisés on peut encore

(1) La loi du 23 mars 1855 a été vivement critiquée et on peut admettre que personne ne songe, à l'heure actuelle, à nier la nécessité d'une réforme à apporter à notre législation sur la transcription et sur le régime en général de notre propriété immobilière. Mais si l'accord est parfait sur le principe, il y a de très grandes divergences sur le sens à donner à la réforme, désirée par tous. Voir à ce sujet les thèses de MM. Chaine, Dijon 1909, Ferron, Bordeaux 1897 ; et Michel, Dijon 1904.

concevoir bien des cas où les servitudes seront de véritables droits occultes, fort dangereux pour les tiers.

La nouvelle législation ne sera pas, en effet, rétroactive, aussi toutes les servitudes occultes existant sous notre législation actuelle, continueront à subsister avec les mêmes caractères, tout comme celles qui existaient avant le 1er janvier 1856.

En outre, la transcription du titre constitutif des servitudes, si elle est une mesure nécessaire, ne constitue pas un moyen de publicité suffisant, et son efficacité finit par être nulle lorsque il s'est écoulé un certain nombre d'années depuis la création de ce droit.

Il est de plus à craindre que la faiblesse des sanctions n'enlève à la législation nouvelle une grande partie de son efficacité. C'est un profond changement dans notre législation que l'on se propose de faire et pour vaincre la force d'inertie ou la routine, il faut s'appuyer sur des sanctions sévères.

On constate déjà, sous le régime actuel, de sérieuses lacunes dans l'exécution des prescriptions légales. Nous avons déjà vu, par exemple, que la jurisprudence avait définitivement reconnu que, pour les servitudes créées par un partage, on ne pouvait admettre que la fiction de l'effet déclaratif, strictement limitée aux dispositions essentielles de l'acte de partage, permit de dispenser de la transcription des constitutions de droits réels, purement accidentelles. Mais, en fait, cette distinction si lo-

gique, paraît ignorée en beaucoup de régions. Nous avons personnellement demandé au conservateur des hypothèques d'un arrondissement important, s'il voyait dans son bureau beaucoup de transcriptions de ce genre.

Si, en effet, les prescriptions de la loi sont exécutées, on doit en trouver beaucoup, les partages étant, en pratique, une des causes les plus fréquentes de création de servitudes.

Je n'en vois presque jamais, nous a-t-il répondu — et encore les rares cas que je constate proviennent ils d'actes authentiques — on ne m'a encore jamais présenté d'acte sous-seings privés à transcrire pour ce motif et même pas de partages judiciaires.

Ainsi la loi de 1855, dont la sanction est cependant assez sévère, reste souvent lettre morte, Qu'arrivera-t-il des extensions proposées qui ne sont sanctionnées que par une simple amende?

En fait, l'existence d'une servitude diminue de beaucoup la valeur du fonds servant, la réduit même à presque rien en certains cas (terrains urbains grévés de servitudes non *aedificandi* ou non *altius tollendi*) et l'augmentation de valeur du fonds dominant est, malgré tout, inférieure à la perte subie par l'immeuble assujetti.

Les tiers ont donc besoin d'être exactement fixés sur les charges qui peuvent grever les immeubles, objets de leurs opérations. Ils sont souvent renseignés en pratique, grâce à la loyauté des propriétaires ou grâce à leur propre vigilance, mais ils n'ont

pas de moyen d'atteindre la certitude absolue et peuvent toujours redouter une surprise désagréable.

Si le propriétaire du fonds dominant fait toujours connaître les servitudes à son profit, il peut aussi être tenté de laisser croire que de simples faits de tolérance constituent de véritables servitudes. Le propriétaire du fonds servant a toujours au contraire, une tendance à dissimuler les charges qui grèvent son immeuble.

En droit, le vendeur est tenu à garantir l'acheteur contre l'existence de servitudes qui n'ont pas été signalées, ou qu'un examen attentif des lieux ne révélait pas ; elles constituent, en ce cas, un vice de la chose vendue. Le vendeur agirait donc prudemment en faisant énoncer les servitudes dans son acte de vente afin que l'acheteur ne puisse prétendre qu'il les a ignorées.

Mais, dans la pratique courante, les choses se passent presque toujours autrement. Les vendeurs dissimulent autant qu'il est en leur pouvoir, les servitudes passives parce qu'elles diminuent la valeur de leurs immeubles et essayent de se soustraire à l'obligation de garantie par une clause, presque devenue de style, stipulant que l'immeuble est vendu avec toutes ses servitudes actives ou passives, ou bien en tel état qu'il est, tel qu'il se poursuit et comporte et que l'acheteur a dit le bien connaître, ou toute autre clause analogue.

A première vue, cette clause paraît valable, en vertu du grand principe de la liberté de conven-

tions, car elle ne contient rien de contraire à l'ordre public (art. 6 C. civ.), et même l'article 1627 du Code civil, dernier alinéa, en autorise expressément l'emploi.

Mais bien que, en principe, rien ne s'oppose à la validité d'une telle disposition, il nous semble impossible, en fait, d'admettre pour tous les cas une solution *a priori* aussi formelle. Les juges doivent s'inspirer des circonstances spéciales de chaque espèce et rechercher la véritable intention des parties, sans se borner à suivre servilement la lettre de formules qui sont le plus souvent de style (1).

La majorité des auteurs considère que les clauses de style que l'on rencontre en général dans tous les actes de vente, ne sont pas, en général, assez formelles pour affranchir complètement le vendeur de toute garantie, en raison de l'existence de servitudes occultes, non déclarées (2).

La jurisprudence, sur la question, est fort divisée. On trouve à toutes les dates des arrêts ou jugements dans les deux sens, sans qu'il soit possible de dégager un principe certain de toutes les décisions intervenues en la matière. La Cour de cassation a validé en plusieurs cas des clauses d'exemp-

---

(1) Aubry et Rau, 4e édition, t. 4, § 355, p. 385, texte et note 60; 5e édition, t. V, p. 103, § 355.

(2) Demolombe, t. XII, n° 825, p. 334; Duvergier, t. I, p. 379; Troplong, t. I, n° 529 et 530; Duranton, t. XVI, p. 302; Guilhouard, de la vente, t. I, n° 414, 2e édition, p. 430; Laurent, t. XXIV, n° 276; Baudry-Lacantinerie et Saignat, de la vente, n° 412.

tion de garantie pour des servitudes occultes qu'on aurait pu légitimement, nous semble-t-il, considérer comme de banales clauses de style, dénuées de valeur. Un premier arrêt du 6 mars 1817, admet que, dans un contrat de vente, les acquéreurs peuvent « être chargée généralement de toutes les servitudes apparentes ou occultes ». (S. 1817-1-265, Bravard). Un autre arrêt du 26 février 1829, S. et P. chr. (Besnard), confirme ce principe, et la même interprétation persiste dans les arrêts du 15 novembre 1832 ((Durand, P. chr.), et du 28 mars 1837, (Soulâtre, S. 37-1-506), et enfin dans un arrêt plus récent du 19 février 1907 (Varlet, S. et P. 1907-1-271). Voir aussi en ce sens Dijon, 24 août 1843, (Chevalier, S. 43-2-496).

Mais on trouve en sens contraire, en plus de l'opinion de la plupart des auteurs, un certain nombre de décisions, dont deux arrêts de la Cour de cassation. Le premier (17 janvier 1842, d'Auxion, S. 52-1-559), admet qu'un droit d'usage forestier, qui constitue cependant une charge occulte et discontinue, n'est pas suffisamment déclaré par cette énonciation que « la forêt est vendue dans l'état où elle se trouve, telle qu'en jouit le vendeur avec les servitudes actives ou passives, sous la contribution foncière et charges communales. »

Un autre arrêt du 11 février 1852 (Dubief, S. 52-1-399, D. 52-1-100), quoique moins affirmatif, peut aussi, dans une certaine mesure, être invoqué en ce sens. Deux arrêts de Cours d'appel sont plus affirmatifs. Un arrêt de Colmar, du 18 novembre 1841

(Nusbaum, P. 42-1-84), décide formellement que la clause banale que l'immeuble est vendu « tel qu'il se comporte avec ses servitudes actives et passives » ne suffit pas pour affranchir le vendeur de la garantie pour une servitude de passage qu'il n'a déclarée. Plus récemment, un arrêt de Douai, du 12 mars 1900 (Fontaine, S. et P. 1904-2-130), admet que la clause du cahier des charges d'une adjudication portant que « les adjudicataires supporteront les servitudes passives de toute nature pouvant grever les immeubles à eux adjugés » est toute de style et peut être interprétée en ce sens qu'elle ne s'applique qu'aux servitudes que l'acquéreur a réellement connues, ou que l'état des lieux a dû lui faire prévoir et non à une servitude dont l'acquéreur n'a pas eu connaisasnce et que le vendeur lui-même prétend avoir ignoré.

Un arrêt d'Orléans, du 13 mars 1835 (Pinaudier, P. chr.), est aussi formel en ce sens, ainsi qu'un arrêt de Bourges du 7 mai 1853 (Chatelot, S. 53-2-76, P. 53-2-92, D. 54-5-409).

En présence de solutions aussi contradictoires, il est difficile de formuler un principe général; mais il nous semble que le seul moyen d'expliquer les divergences de la jurisprudence est d'admettre que, pour l'interprétation des clauses dérogatoires à l'obligation de garantie, en cas de servitudes occultes, les tribunaux doivent rechercher, en chaque espèce, quelle a été la volonté des parties; ils devront examiner en détail l'ensemble de l'acte de vente, les circonstances dans lesquelles il a été

passé, et la connaissance que les parties ont pu avoir des servitudes à propos desquelles il y a eu dérogation à la garantie. Leur jugement devra, en outre, être guidé par les principes qui veulent que les renonciations à un droit ne se présument point et qu'en cas de doute, la clause ambiguë doit être interprétée en faveur de l'acquéreur bénéficiaire de la garantie, règle qui est, en l'espèce, corroborée par l'article 1602 du Code civil.

Mais, en fait, il est impossible de ne pas remarquer que la clause générale de dérogation complète à la garantie, se trouve dans presque toutes les ventes, et les cinq arrêts précités de la Cour de cassation montrent, de la part de la Cour suprême, une tendance très nette à admettre l'entière validité de cette disposition. En pratique, un vendeur peu scrupuleux peut donc dissimuler l'existence des servitudes occultes qui grèvent le fonds qu'il aliène et éluder l'obligation de garantie que lui impose le Code.

Il y a donc là un véritable danger pour les acquéreurs d'immeubles.

Il convient d'ailleurs de remarquer ici que, même au cas où la garantie n'a pas été écartée, elle est souvent illusoire, car un vendeur de mauvaise foi sera souvent obéré, peut-être même en déconfiture et une fois qu'il aura dissipé ou dissimulé le montant du prix qu'il a touché, il sera fort difficile d'obtenir de lui une garantie réelle, une indemnité.

Puisque le recours de l'acquéreur contre son vendeur est presque toujours illusoire, il importe,

nous dira-t-on, à l'intéressé, de se renseigner par lui-même sur les servitudes qui peuvent grever le fonds qu'il veut acquérir afin d'éviter une surprise désastreuse; malheureusement c'est impossible.

Sous notre législation actuelle, nous avons vu que, même en admettant que les dispositions en vigueur soient strictement observées (ce qui est loin d'être le cas), de très nombreuses constitutions de servitudes restent occultes, notamment les servitudes créées par acte à cause de mort, par destination du père de famille ou par prescription. Dans tous ces cas, et ils sont fréquents dans la vie courante, l'acquéreur d'un immeuble n'a pas de moyen légal de connaître sa situation exacte au point de vue des charges. S'il s'en révèle une, cela peut diminuer la valeur du fonds dans des proportions considérables, l'annihiler presque complètement même, et le malheureux acquéreur sera, dans la plupart des cas, privé de tout recours en garantie contre son auteur par une clause qui est, nous le répétons, de style dans presque tous les actes. Ou bien même s'il a un recours légal, cette ressource sera le plus souvent illusoire à cause de l'insolvabilité du vendeur.

Les projets de réforme atténuent bien un peu le mal en assujettissant à la transcription les actes à cause de mort, mais ce n'est qu'un demi-remède à cause de l'insuffisance de la sanction proposée (qui sera une amende et non l'inopposabilité) qui fait craindre que la réforme ne reste lettre morte en bien des cas.

Les servitudes créées par la destination du père de famille paraissent, en outre, avoir été laissées en dehors des projets de réforme.

Les soumettre à la formalité de la transcription, serait, dit-on, supprimer en fait ce mode d'établissement des servitudes, pourtant réglementé par le Code. C'est là une exception dangereuse.

Mais il nous reste à formuler encore une critique plus grave contre le système actuel de publicité des actes constitutifs de servitudes. Ce système serait absolument insuffisant même dans le cas où toutes les constitutions de servitudes, ou toutes les renonciations à ces droits, seraient soumises à la formalité de la transcription. Regardons, en effet, comment fonctionne notre système de transcriptions hypothécaires.

Les conservateurs des hypothèques n'établissent pas de comptes par immeubles, mais seulement par personnes. Pour être renseigné sur la situation exacte d'un immeuble, il faut donc lever des états complets au nom du propriétaire actuel et au nom de tous les anciens propriétaires sans en oublier un seul. Ce sera souvent bien difficile, impossible même en pratique. S'il y a eu plusieurs mutations occultes (testaments ou successions), il sera souvent impossible de retrouver le fil des transcriptions interrompues.

En pratique d'ailleurs, d'une manière générale et même pour les affaires les plus soignées et les plus importantes, on ne vérifie que la situation des propriétaires qui se sont succédés pendant les

trente dernières années, la plus longue durée de prescription étant de trente ans.

Or, il arrive très souvent que les servitudes sont très anciennes, car elles constituent des droits perpétuels et se conservent par l'usage, ce qui dispense les titulaires d'exiger tous les trente ans un titre nouvel.

Il est donc normal que, dans la pratique courante, les intéressés ne voient pas les constitutions de servitudes remontant à plus de trente ans.

Il suffit d'ailleurs de parcourir les recueils de jurisprudence pour constater que les critiques que nous formulons, loin d'être théoriques, se traduisent souvent en pratiques en de brutales réalisations.

Un arrêt typique a été rendu en ce sens par la Cour de cassation, le 7 mai 1851 (de Chaponay), S. 51-1-409. Cet arrêt ordonne la démolition d'une maison à cinq étages, élevée dans l'intérieur de la ville de Lyon, parce que un des propriétaires antérieurs, du terrain ou elle avait été édifiée, avait établi sur ce fonds une servitude *altius non tollendi* au profit d'un immeuble voisin. La constitution de la servitude datant du 1er avril 1758, était donc antérieure à 90 ans au procès de première instance (Lyon 8 mars 1848). En outre, dans l'intervalle, une partie du fonds servant avait été converti en une rue large de 13 mètres qui séparait les deux immeubles. L'acquéreur de la partie qui restait du fonds assujetti pouvait donc, sans avoir à se reprocher aucune négligence, ignorer la création d'une

servitude occulte remontant à 90 ans, et l'existence d'une rue de 13 mètres qui le séparait du fonds servant pouvait lui donner une impression de sécurité absolue. Il n'en aura pas moins eu la désagréable surprise d'être obligé de démolir toute la partie de la maison édifiée sur le fonds assujetti.

Plus récemment, un arrêt de la Cour de Besançon du 12 octobre 1906 (Dirwel, S. 1907-2-298) a contraint un tiers acquéreur à fermer plusieurs ouvertures, supportées jusque là par tolérance, dans une maison située à Belfort. L'acte qui reconnaissait la précarité de ces ouvertures datait du 4 septembre 1839. Le tiers acquéreur avait acheté, le 10 juin 1891 et était de bonne foi. Il invoqua bien la prescription duodécennale mais elle ne pouvait être admise.

Voici donc deux cas où des acquéreurs, sans avoir de faute à se reprocher, ont été gravement lésés par la révélation d'un véritable droit occulte, qu'en pratique il leur était impossible de découvrir lors de leur contrat.

Nous avons vu près de nous divers cas semblables et nous ne rappelerons ici que le plus typique : le 12 messidor, an 10, achat par un sieur B., d'une bande de terrain au nord de sa maison sise à Millau, boulevard de la République, avec défense de construire sur ce terrain, stipulée au profit de la maison qui restait appartenir au vendeur. Vers 1855, après plusieurs mutations, l'immeuble, qui avait appartenu au sieur B., fut vendu en entier sans que l'on révélât la servitude à l'acquéreur. Ce

dernier édifia, quelque temps après, des constructions sur la bande de terre, grévée de la servitude *non ædificandi*. Le propriétaire des fonds dominant toléra les constructions jusqu'au décès de l'acquéreur, mais pendant moins de trente ans. Sur l'instance en licitation des héritiers, il intervint et réclama l'insertion au cahier des charges d'une disposition rappelant la servitude et la précarité des constructions. Les héritiers refusèrent en invoquant la prescription duodecennale, mais le Tribunal de Millau rejeta leur opposition. L'adjudicataire qui acheta alors, en connaissance de cause, paya un prix bien moindre que celui qu'il aurait payé sans la servitude. Il dut, d'ailleurs, démolir peu après la construction précaire.

Nous sommes donc fondés à prétendre que, en bien des cas, l'existence de servitudes, constitue un véritable droit occulte fort dangereux pour les tiers, et même après l'adoption des modifications projetées, notre législation restera, sur certains points, inférieure à celle de l'ancien régime où le décret purgeait les servitudes occultes (1).

Nous allons donc essayer de proposer un système de publicité moins imparfait et surtout plus efficace.

Puisque la publicité actuelle est nettement insuffisante, nous proposons l'adoption d'un système se

---

(1) Demolombe, t. XII, édition de 1882, n° 733, p. 227; Pothier. Introduction au titre XII de la coutume d'Orléans, n° 21.

rapprochant du mode de publicité des droits de créance, qui a déjà fait ses preuves.

Pratiquement, ce système nous paraît s'imposer. Théoriquement il ne nous paraît nullement inconciliable avec la nature du droit de servitude.

II. — Etude de la nature du droit de servitude

Pour la majorité des auteurs cependant, la conciliation sera difficile. Pour eux, la définition posée par l'article 637 du Code civil est formelle. La servitude est un démembrement de la propriété, un droit réel nettement caractérisé, sa constitution est donc suffisamment publiée par la transcription, de même que la transmission de la propriété pure et simple.

Mais cette théorie classique chancelle aujourd'hui sous des coups répétés. Si d'excellents auteurs persistent à admettre la distinction traditionnelle entre les droits réels et les droits de créance, à la considérer comme une nécessité inéluctable, un postulat de la logique juridique (1), un certain nombre de civilistes contemporains rejettent nettement cette distinction. Elle leur paraît trop simpliste et trop matérielle pour le développement de notre droit.

---

(1) Pour MM. Aubry et Rau cette distinction « repose sur la nature des droits eux-mêmes » et M. Baudry-Lacantinerie remarque que « on la retrouve dans toutes les législations ».

Il n'y a pas cependant unanimité pour le rapprochement à faire, les théories proposées ne sont pas encore sorties du chaos.

La première tentative de synthèse générale, en France est celle de M. Planiol. Il refuse d'admettre une différence de nature entre le droit réel et le droit de créance, tout droit se résumant en des rapports juridiques entre les hommes, en des obligations. Admettre un rapport de droit direct entre une personne et une chose est une illusion. La différence évidente que l'on constate entre le droit réel et le droit de créance, ne résulte pas d'une différence d'effets. Entre ces deux séries d'obligations il n'y a d'autre différence que celles de leur objet et du nombre de leurs sujets passifs.

Ces idées ont été reprises par M. Michas dans une thèse remarquable: *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris 1900. La conception nouvelle y est intégralement développée dans toutes ses conséquences et l'auteur n'hésite pas à admettre formellement l'identité complète entre les servitudes et les obligations ordinaires (p. 237 à 243).

Une théorie analogue a été soutenue par M. Demogue (1) qui ne reconnaît pas de différence technique ou spécifique entre les droit réels et les droits de créance, les droits absolus et les droits relatifs,

---

(1) Notions fondamentales de droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations. Paris Rousseau, 1911.

mais qui admet seulement des droits forts et des droits faibles dont la nature est la même (1).

Même si l'on ne prend pas parti pour une de ces théories nouvelles, même si l'on reste attaché à la tradition, il nous semble, en nous plaçant surtout au point de vue pratique, que l'on peut concevoir et traiter le droit de servitude comme un droit mixte, à la limite des deux grandes séries traditionnellement admises, comme un terme moyen unissant certains caractères des deux catégories.

Le droit d'hypothèque est un droit réel, et il est cependant soumis à des formalités spéciales pour sa conservation. Le droit de servitude a bien des ressemblances avec l'hypothèque. Il nous paraît donc logique de subordonner sa conservation à des formalités analogues.

Pour le fonds dominant, le droit de servitude est un accessoire du droit de propriété, à peu près comme l'immeuble par destination est un accessoire de l'immeuble par nature, à ce point de vue, il se rapproche du droit de propriété.

Mais pour le fonds servant, c'est une charge privilégiée qui prime toutes les autres. Il ne diffère des privilèges ordinaires qu'en tant que ceux-ci se prélèvent sur le prix, tandis que la servitude est à la charge de l'acquéreur en sus du prix.

---

(1) Une autre théorie, inspirée par M. Hauriou et développée par M. Rigaud (thèse, Toulouse, 1912), admet la distinction traditionnelle entre le droit réel et le droit de créance, mais en faisant cependant une large part à la théorie de M. Planiol.

C'est à ce point de vue que la servitude se rapproche de l'hypothèque.

Assimilation risquée, objectera-t-on, car l'hypothèque n'existe qu'en tant qu'accessoire du droit de créance, mais la servitude, elle aussi, ne peut exister que comme accessoire du droit de propriété du fonds dominant.

On ajoute bien (1) que le droit appartient au fonds dominant et que ce n'est qu'à titre de représentant de ce fonds que son propriétaire peut l'exercer. C'est là une image, une fiction bien difficile à admettre, surtout dans certains cas. Il est admis, par exemple, qu'on peut établir, à titre de servitude, le droit de prendre de la marne pour une briquetterie, de la pierre pour des fours à chaux ou à ciment, ou encore le droit de moudre le grain d'une ferme à un moulin. Faire intervenir en ces cas l'idée d'un mandat donné par la propriété du fonds servant nous paraît bien complexe, pour expliquer un droit qui paraît, au contraire, très normal quand on fait intervenir, pour le justifier, la notion de charge privilégiée.

L'objection la plus forte est tirée de ce principe que le droit de créance existe contre une personne tandis que le droit de servitude existe contre un fonds. Cette objection ne porte pas, en vertu de l'adage *jus et obligatio sunt correlata,* si l'on admet la théorie de MM. Planiol et Michas.

Mais même pour les traditionnalistes, n'est-il

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des biens, p. 508.

pas possible d'atténuer la rigueur de cette critique en considérant la servitude comme une charge privilégiée au profit du fonds dominant, charge de nature analogue à une hypothèque, mais qui devrait être supportée par le propriétaire du fonds servant, en dehors du prix, au lieu de se prélever sur ce prix?

Le fait que la servitude est perpétuelle ne s'oppose pas à cette idée, car la perpétuité est de la nature seulement et non de l'essence des servitudes, ce qui existe d'ailleurs dans la plupart des cas pour les obligations qui ont pour objet une abstention.

On peut encore voir une autre objection dans le fait que le droit de créance, permet de forcer le débiteur à jouer un rôle actif, d'exiger une prestation, tandis que le droit de servitude ne permet pas au propriétaire du fonds dominant d'exiger une prestation du propriétaire du fonds servant, ce dernier n'étant tenu que *in non faciendo, non in faciendo,* mais les droits de créance ressemblent souvent, en ce sens, aux droits réels, car ils peuvent aussi avoir pour objet une abstention du débiteur. Le dernier alinéa de l'article 697 du Code civil prouve d'ailleurs que ce caractère n'est que de la nature et non de l'essence des servitudes. On remarque d'ailleurs que très fréquemment le droit de servitude éveille l'idée d'un certain pouvoir d'autorité du propriétaire du fonds dominant sur celui du fonds servant.

Le fait que le droit de servitude ne peut être

aliéné séparément, ou qu'il est indivisible, ne creuse pas non plus un fossé infranchissable entre lui et le droit de créance, l'inaliénabilité d'un droit ne prouve rien contre sa réalité et on retrouve, sous notre Code, bien d'autres droits personnels également inaliénables et des droits de créance tout aussi indivisibles.

Le propriétaire du fonds dominant n'a d'ailleurs pas un droit exclusif sur le fonds servant. Rien n'empêche le propriétaire de ce dernier de consentir successivement le même droit de servitude à tous les propriétaires dont le fonds peut en profiter, sans cependant qu'aucune cause de préférence résulte pour eux des dates différentes de leur acquisition. C'est là un fait difficilement conciliable avec la notion du droit réel pur et simple.

L'analogie du droit de servitude et du droit de créance peut seule logiquement expliquer la disposition de l'article 706 du Code civil qui prévoit l'extinction du droit de servitude par non usage pendant trente ans. Le droit réel est, en effet, perpétuel par essence et ne se perd que si un tiers l'acquiert à son profit (cas de perte ou de renonciation volontaire excepté). Le droit de créance, au contraire, s'éteint par la prescription s'il n'a pas été utilisé avant l'arrivée du délai.

Ainsi nous croyons pouvoir justifier en théorie, le caractère de droit mixte, intermédiaire entre le droit de propriété et l'hypothèque que nous trouvons en fait du droit de servitude.

C'est surtout comme charge du fonds servant

que les servitudes sont dangereuses pour les tiers. Nous avons montré plus haut qu'en pratique, sous notre législation actuelle, les servitudes, surtout les servitudes passives et occultes, comme les défenses de construire ou d'exhausser, pouvaient se révéler tardivement à des acquéreurs, pourtant vigilants et de bonne foi, qui devaient les supporter sans recours possible contre leurs vendeurs, ou avec un recours souvent illusoire. C'est là un véritable droit occulte, une lourde tare pour notre régime foncier.

Pour échapper désormais à cette critique, il faut modifier notre régime de propriété immobilière, de telle sorte que ces droits soient sûrement révélés ou que l'acquéreur puisse les purger.

Ce sont là les deux seuls remèdes que l'on puisse apporter au mal que nous avons signalé.

III. — Système proposé

Examinons maintenant les diverses espèces de servitudes et les remèdes à apporter à chaque cas.

On les divise d'abord en servitudes légales et en servitudes résultant du fait de l'homme.

Nous ne proposons aucune modification au régime de publicité des premières, elles ont, en fait, une publicité si apparente que l'on peut les considérer comme le droit commun de la propriété immobilière.

Les secondes se divisent: en continues et discon-

tinues, apparentes ou occultes, actives ou passives, affirmatives ou négatives

Les servitudes continues et apparentes peuvent s'établir par la possession trentenaire (art. 690 Code civil).

Les autres ne peuvent s'établir que par titre, exception faite pour la destination du père de famille qui vaut titre lorsqu'il y a un signe apparent (art. 692 à 694 Code civil).

Toutes les servitudes s'éteignent par le non usage pendant trente ans (art. 706) et ce délai court: pour les servitudes discontinues, du jour où l'on a cessé d'en jouir; et pour les servitudes continues, du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude (art. 707 Code civil). Mais de qui doit émaner l'acte contraire? Il faut ici faire une distinction entre les servitudes affirmatives et les servitudes négatives.

Une servitude est affirmative lorsqu'elle autorise le propriétaire du fonds dominant à user directement du fonds servant, par exemple, à la traverser, à avoir des vues directes. Elle est négative, au contraire, lorsqu'elle interdit au propriétaire du fonds servant d'user d'un des attributs de son droit de propriété; elle s'exerce donc sans que le propriétaire du fonds dominant ait à faire un acte quelconque, c'est le cas de toutes les défenses, soit de construire, d'exhausser, d'avoir des vues ou des jours, d'exercer une industrie, un commerce, de creuser un puits, d'installer un atelier, De nos

jours, les servitudes de cette catégorie ont une tendance à se mutiplier.

Ce sont les plus dangereuses pour les tiers, tant à cause de leur importance que parce que rien ne les révèle. Les servitudes affirmatives sont toujours plus ou moins révélées par l'usage qui en est fait, mais pour les négatives il n'y a aucun fait d'usage apparent. Le propriétaire du fonds servant s'abstient seulement de faire la chose défendue, mais rien ne révèle que cette abstention est pour lui obligatoire. Une enquête bien conduite peut, en une certaine mesure, révéler à l'acquéreur les servitudes affirmatives, mais les servitudes négatives échappent aux investigations des plus perspicaces.

Bien plus, les servitudes négatives sont continues et la prescription ne commence à courir que du jour où il a été fait un acte matériel, apparent et permanent, en contradiction avec la défense (Aubry et Rau, 4 édit., t. 3, p. 105).

Dans le cas d'une servitude non *ædificandi,* par exemple, la prescription ne courra pas tant que le propriétaire du fonds servant n'aura pas bâti, et après deux ou trois générations les intéressés seront bien excusables d'ignorer l'existence de la servitude. Si, par hypothèse, cette défense date de 1856, qui la soupçonnera aujourd'hui après 65 ans? L'état de transcription la révèlera-t-il? Presque certainement non, car les états ne remontent jamais aussi loin.

Avec notre loi actuelle, il faudrait donc, pour

connaître toutes les servitudes, lever des états au nom de tous les anciens propriétaires jusqu'au premier janvier 1856. C'est un système onéreux et bien peu pratique, et ces défauts iront de jour en jour en s'accentuant.

En outre, une semblable précaution ne sera pas toujours possible. La filière des transcriptions se trouvant interrompue à chaque partage ou à chaque décès, il sera souvent impossible de remonter de titre en titre jusqu'à l'auteur primitif. Ce moyen ne révèlerait pas non plus les nombreuses servitudes antérieures à 1856 et un certain nombre de servitudes constituées depuis, par acte non transcriptible ainsi que nous l'avons déjà vu.

Dans certains cas, la proximité des deux fonds, dominant et servant, peut éveiller l'attention d'un acquéreur particulièrement vigilant et pallier un peu cet inconvénient, mais il y a, en fait, bien des cas où ces fonds sont si éloignés l'un de l'autre qu'il est impossible de soupçonner *à priori* un lien quelconque entre eux. Ainsi le droit de prendre de l'argile pour une briquetterie, de la pierre pour un four à chaux, de moudre le grain d'une ferme à un moulin, présente souvent les apparences d'une location de carrière ou d'un bail d'ouvrage, plutôt que d'une servitude. Si elles remontent à plus de trente ans, les tiers n'ont donc pas de moyen pratique de les reconnaître, en dehors de la déclaration des intéressés.

Les prêteurs aussi auraient intérêt à connaître les servitudes qui grèvent leur gage, à cause de la

diminution de valeur qui en résulte, mais jamais emprunteur n'a révélé les servitudes grevant ses biens au préteur.

Pour les rapports entre parties, il nous semble qu'il n'est pas nécessaire de modifier notre législation, sauf à permettre au propriétaire du fonds dominant, d'exiger, s'il le juge à propos, un titre nouvel, ou acte recognitif, environ tous les trente ans.

Mais, *pour prévenir les tiers,* nous croyons à la nécessité d'un *acte recognitif transcrit tous les trente ans.* Le propriétaire du fonds dominant devra pouvoir le demander après la vingt-huitième année, comme pour les rentes perpétuelles.

On peut d'ailleurs reconnaître une certaine analogie entre le droit de servitude et les rentes perpétuelles garanties par hypothèque. La transcription devrait remplir, envers les tiers, pour les servitudes, le même rôle que les inscriptions pour les hypothèques. Il faudrait une transcription tous les trente ans, tout comme il faut une inscription tous les 10 ans.

Le défaut de titre nouvel transcrit à temps ne changerait rien à la situation entre les parties, mais rendrait la servitude inopposable aux tiers.

En stricte logique, on pourrait aller plus loin et dire que la servitude serait entièrement éteinte à défaut de titre nouvel trentenaire, mais ce serait peut-être aller un peu loin, vu les habitudes actuelles et surtout pour les servitudes de peu d'importance. Le système auquel nous nous arrêtons est

une transaction entre notre législation actuelle et le système absolu. Il serait ainsi plus facilement accepté.

La loi du 23 mars 1855 soumet bien à la transcription la renonciation aux servitudes, mais on constate qu'en fait elles ne sont cependant presque jamais transcrites. On voit d'ailleurs, en pratique, assez peu de renonciations expresses. Sous notre législation les servitudes se perdent surtout par le non usage pendant 30 ans (art. 70 C. civil), et cette extinction est opposable aux tiers sans la moindre formalité. Notre système changerait cette situation : à l'égard des tiers il n'y aurait pas extinction par non usage, mais bien par prescription des transcriptions.

Prenons un exemple : le fonds de B. a une servitude sur le fonds de C. Le dernier titre nouvel est du 1er janvier 1920. Ensuite B. n'use pas de la servitude pendant trente ans. Vis-à-vis du propriétaire du fonds servant, il y aura extinction par non usage, et à l'égard des tiers, péremption de la transcription. Si un titre nouvel est transcrit dans les délais, il empêchera et la prescription et la péremption. S'il n'est pas transcrit dans les délais voulus, la servitude ne prendra rang, à l'égard des tiers, que de la nouvelle transcription.

C'est, croyons-nous, la seule manière de renseigner toujours exactement les tiers.

Nous croyons nécessaire de réserver la prescription acquisitive de l'article 690 pour les servitudes continues et apparentes, car l'existence des signes

extérieurs et la continuité constituent une publicité bien suffisante, préférable même à la transcription.

Mais nous proposons, par contre, d'assujettir au renouvellement et à la transcription trentenaire, les déclarations de précarité relatives à ces servitudes pour qu'elles soient opposables aux tiers, tant que les signes extérieurs seraient maintenus. Sans cette transcription, en effet, les tiers pourraient être amenés à croire que ces servitudes existent réellement (arrêt de Besançon du 12 déc. 1906, précité). Nous proposons, en outre, pour ces mêmes servitudes, d'assimiler les renonciations ou extinctions à une simple déclaration de précarité si les signes extérieurs étaient maintenus, afin que les tiers, en visitant les lieux, ne soient pas induits en erreur.

Si ces servitudes ne remontaient pas à trente ans les tiers ne pourraient toutefois pas s'en prévaloir, à défaut de titre transcrit, à l'encontre du fonds qui paraîtrait grevé. En cas de défaut de titre transcrit, ils devraient donc s'assurer qu'elles remontent au moins à trente ans. En résumé, si le titre est transcrit, pas de vérification nécessaire; s'il ne l'est pas, vérification indispensable du point de départ de la servitude afin de s'assurer qu'elle remonte bien à trente ans.

La destination du père de famille est un mode de constitution de servitudes, d'une nature toute particulière. Elle résulte des faits et de la séparation des héritages, mais les titres séparatifs n'en font

pas mention. Ces titres sont les ventes, partages, donations, testaments, etc. Les projets de réforme nous font bien présager qu'ils seront tous, à l'avenir, assujettis à la transcription, mais cette formalité ne révèlera pas les servitudes, puisque les titres sont muets à cet égard. Nous trouvons là une situation se rapprochant un peu de la situation des servitudes continues et apparentes, acquises par prescription. La séparation des héritages et le signe apparent, créent une certaine publicité, et il nous paraît qu'il serait inutile d'en exiger une autre pour la première période trentenaire, Mais, cette période passée, un titre nouvel serait nécessaire pour rendre la servitude opposable aux tiers.

Ce n'est pas du jour au lendemain qu'une telle réforme pourrait être accomplie. Il y aurait un trop grand nombre de situations à régulariser, des renseignements à chercher et surtout un trop grand changement d'habitudes. Aussi, serait-il bon de donner aux intéressés, un délai suffisant pour se mettre en règle.

Il nous paraît qu'un délai de dix ans serait nécessaire, mais suffisant surtout, si, afin d'éviter toute méprise sur son point de départ, on le fixait au 1er janvier qui suivrait la promulgation de la loi. On pourrait d'ailleurs adopter un délai plus long, l'important est surtout d'arriver à établir la publicité indispensable.

Le tiers qui achète, ou consent un prêt, doit, en effet, vérifier, s'il est prudent, que l'immeuble pour lequel il traite, n'a pas été aliéné ou grevé de char-

ges qui en diminuent la valeur. En pratique, l'état des inscriptions lui révèlera les hypothèques, celui des transcriptions lui prouvera que l'immeuble n'a pas déjà été aliéné mais, dans la plupart des cas, ne lui révèlera pas les servitudes qui remontent, très souvent, à une période plus ancienne que celle sur laquelle portera l'état, où dont l'acte constitutif peut même être dispensé de transcription.

Il y a là une lacune dans la loi du 23 mars 1855, et les projets soumis au parlement ne la comblent pas. Le seul moyen de la faire disparaître est le système que nous proposons, des transcriptions trentenaires. L'état des transcriptions révèlerait alors les servitudes et les tiers seraient certains de n'en ignorer aucune.

Le droit de servitude ayant les caractères d'un droit mixte, il faut, pour sa publicité, un système mixte, comme celui que nous proposons. Par la transcription il ressemble à la publicité du droit de propriété, et, par le renouvellement trentenaire de la transcription, il se rattache à la publicité du droit d'hypothèque.

Si l'on considère la question sous un autre aspect, on remarque que le tiers qui visite un immeuble ou en examine les titres en vue d'une opération, est légitimement fondé à croire que l'immeuble peut demeurer dans son état actuel et qu'il est libre de toutes charges autres que les charges légales, à moins qu'on ne l'avertisse du contraire, en un mot que la réalité est conforme aux apparences sauf dérogations. Ces dérogations peuvent consis-

ter, soit en une charge, soit en la nécessité de modifier l'état apparent.

Les charges comprennent, d'une part, les privilèges et hypothèques, et, d'autre part, les servitudes passives.

Le tiers sera prévenu des privilèges et hypothèques, soit par les déclarations des intéressés, soit surtout par l'état des inscriptions, soit encore, mais d'une manière relative, et c'est là un autre point faible, par la notoriété qui s'attache aux faits générateurs de privilèges ou d'hypothèques légaux, dispensés d'inscription.

Pour les servitudes, à l'exception, bien entendu, de celles qui sont continues et apparentes, il ne sera prévenu, en pratique, nous l'avons vu, que par les déclarations des intéressés. Comme ces déclarations sont particulièrement sujettes à caution, il est de toute nécessité de les contrôler sérieusement, donc d'en organiser la publicité.

L'obligation de modifier l'état apparent peut consister en l'obligation de réduire ou de supprimer des constructions, ou de supprimer des servitudes continues et apparentes. En ce dernier cas, ce n'est pas la constitution des servitudes qui est occulte, mais bien l'obligation de les supprimer lorsqu'elles existent — leur précarité. Il en est de même pour l'obligation de réduire les constructions. Il est donc certain qu'il est indispensable de rendre publiques toutes les obligations de modifier l'état apparent, ou les déclarations de précarité. La publicité des servitudes doit donc ainsi être or-

ganisée selon ces deux directives : publicité des servitudes occultes et publicité des déclarations de précurité.

Les transcriptions périodiques proposées correspondent à ce double but.

Le délai de trente ans, que nous avons proposé, peut paraître, à certains, un peu long. On pourrait le réduire à vingt ans, à la plus longue durée de prescription duodécennale (art. 2265 C. civ.), parce qu'en fait, on limite souvent les états à cette durée. Mais ce n'est là qu'une modalité de détail, l'important étant d'arriver à organiser la transcription périodique des servitudes, ce qui est le seul moyen de leur donner une publicité idoine et de leur faire perdre ce caractère de *droit occulte* qu'elles ont encore dans la plupart des cas.

Nous avons essayé de condenser ces considérations en un projet concret de dispositions (1). Il est probablement incomplet et inexact, mais nous lui demandons surtout de servir de point de départ à une étude approfondie du régime de publicité qui convient aux servitudes.

---

(1) Pour les villes qui sont souvent titulaires de servitudes *non ædificandi* ou *non altius tollendi* importantes, et grevant un grand nombre d'immeubles, il serait possible de concevoir une procédure plus simple, par exemple un arrêté du maire confirmant la servitude, pris tous les 30 ans, transcrit et notifié aux propriétaires des fonds servants.

Propositions

Tous actes, jugements ou arrêts, constitutifs, déclaratifs, rectificatifs ou récognitifs de servitudes, ou constatant la précarité ou l'extinction de servitudes, devront être transcrits pour être opposables aux tiers, sauf l'effet des dispositions de l'article 690 du Code civil, pour les servitudes continues et apparentes.

De plus, les renonciations seront mentionnées en marge de la transcription du dernier titre transcrit, s'il y en a dont la transcription ne remonte pas à plus de trente ans.

Le propriétaire du fonds servant pourra être contraint de fournir, à ses frais, un titre récognitif au propriétaire du fonds dominant après l'expiration du délai de vingt-huit ans à partir de la date du dernier titre ou de la division des héritages.

Toutes les servitudes qui ne peuvent s'établir que par titre seront inopposables aux tiers si elles ne sont pas appuyées d'un titre dont la transcription ne remonte pas à moins de trente ans.

Les servitudes établies par destination de père de famille ne seront opposables aux tiers, sans titre

transcrit, que pendant les trente années qui suivront la division des héritages.

Les reconnaissances de précarité devront être renouvelées et transcrites avant l'expiration du délai de trente ans pour les servitudes continues et apparentes et pour tous ouvrages quelconques si l'état apparent est maintenu, sinon la précarité sera inexistante à l'égard des tiers. La renonciation aux mêmes servitudes, toutes conventions ou décisions les déclarant éteintes les renonciations à tous ouvrages apparents, et toutes décisions prescrivant leur suppression ne vaudront que, comme reconnaissance de précarité et devront être renouvelées et transcrites comme il est dit à l'alinéa qui précède tant que l'état apparent sera maintenu.

Il est accordé un délai de dix ans aux intéressés à partir du premier janvier qui suivra la promulgation de la présent loi pour demander le premier acte récognitif et le faire transcrire.

Il n'est dérogé en rien aux dispositions qui réglementent les rapports entre les parties, sauf ce qui a été dit pour la demande d'un titre nouvel.

IV. — Propositions subsidiaires.

Motif de ces propositions

Nous avons vu en étudiant les débats du projet de réforme, voté par le Sénat en 1908, que la commission avait reculé devant beaucoup de propositions de modifications jugées trop hardies. Si no-

tre projet paraît trop audacieux, on pourrait en réduire l'ampleur, tout en en conservant le principe. On peut, en effet, nous objecter que beaucoup de servitudes sont de peu d'importance, qu'il faut éviter de brusquer les habitudes des populations et surtout limiter autant que possible les frais.

En ce cas il est possible de le réduire à ses deux points principaux:

a) Aux servitudes négatives: défense de construire ou autres;

b) Et à la précarité des servitudes continues et apparentes.

A. *Servitudes négatives.* — Ainsi que le prouvent les exemples déjà cités, les servitudes négatives font courir aux tiers un très réel et grave danger, ce qui nécessite de sérieuses mesures de protection.

Elles constituent, pour le fonds servant, un vice capital, bien plus grave qu'une hypothèque occulte. Cette hypothèque, en effet, pourrait être purgée ou finir par s'éteindre, tandis que la servitude négative ne se prescrit pas et ne peut être purgée.

Si on limite ainsi le projet, une mesure plus radicale s'imposera et il faudra déclarer les servitudes négatives, éteintes faute d'un titre confirmatif, transcrit avant l'expiration du délai de trente ans.

La manière dont s'effectue l'exercice des servitudes négatives, justifierait d'ailleurs parfaitement cette prescription: alors que pour les servitudes

affirmatives le propriétaire affirme son droit toutes les fois qu'il l'exerce, et lui donne ainsi une sorte de publicité, pour les servitudes négatives, au contraire, il n'y a pas la moindre affirmation des droits du titulaire, tant que le propriétaire du fonds servant ne va pas à l'encontre de la défense. La servitude peut ainsi se maintenir pendant plus d'un siècle sans aucune affirmation du droit du propriétaire.

C'est une situation anormale, contraire même aux principes généraux de notre droit civil qui veut que les titulaires d'un droit l'affirment au moins une fois tous les trente ans. Le créancier, par exemple, qui ne réclame pas sa créance dans les trente ans de l'échéance, peut se voir opposer la prescription par son débiteur. Pour que le créancier puisse justifier de l'affirmation de son droit, le Code civil autorise le propriétaire d'une rente perpétuelle à demander un titre nouvel tous les 28 ans, pour que le débiteur ne puisse, après 30 ans, nier le service de vente et invoquer la prescription.

On peut bien objecter que le droit de servitude étant considéré par la majorité comm un droit réel, tout comme le droit de propriété, n'a pas besoin de cette affirmation trentenaire. Mais nous avons montré plus haut combien cette conception est difficilement conciliable avec les dispositions de l'article 706, qui admet l'extinction des servitudes par le non usage pendant trente ans. Même en rejetant cette opinion, l'objection tirée de ce fait que le droit de propriété n'est perdu par le non usage

trentenaire, qu'autant qu'une autre personne aura usucapé, le bien abandonné est purement théorique, car on pourrait difficilement trouver en France un immeuble de quelque importance qui soit resté vacant pendant 30 ans.

Ce n'est donc qu'en matière de servitude négative qu'on voit le maintien anormal d'un droit à l'infini, sans une affirmation quelconque de ce droit par son titulaire.

Le Code prescrit bien (art. 706) que les servitudes sont éteintes par le non usage pendant trente ans. Seulement, l'article 707 ne fait courir ce délai, pour les servitudes continues, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Comme les défenses sont des servitudes continues, la prescription ne court que du moment où il est fait un acte contraire, apparent et permanent.

Le législateur a-t-il, en rédigeant l'article 707, envisagé sérieusement la nature des servitudes négatives, leur caractère anormal, les dangers de leur maintien pendant un temps indéfini, sans aucune affirmation? Cela ne nous paraît pas certain.

La prescription que nous proposons ferait rentrer dans l'ordre normal les servitudes négatives, ce qui la justifierait largement, car une exception en leur faveur est inexplicable. Ce n'est vraiment pas une exigence excessive que demander aux propriétaires de ces servitudes d'affirmer leur droit au moins une fois tous les 30 ans.

Cette mesure serait même, en certains cas, favorable au détenteur du fonds servant. Il arrive par-

fois, en effet, que ce dernier ignore la servitude à la charge de son fonds, soit que le bien lui soit advenu d'un parent éloigné qui ne l'ait pas renseigné, soit encore qu'il l'ait acheté à un vendeur de mauvaise foi qui l'ait célé volontairement, soit enfin qu'il ait acquis sur expropriation.

L'affirmation devrait, dans notre système, être faite par une demande en justice, conformément à l'article 2224 et suivants, ou par une reconnaissance ou acte confirmatif souscrit par le propriétaire du fonds servant, conformément à l'article 2248 du Code civil.

Pour les tiers, il serait indispensable que l'acte confirmatif fut rendu public par la transcription. Nous avons déjà démontré que la transcription du titre initial constituait une publicité tout à fait insuffisante et que la transcription des actes confirmatifs ou recognitifs était nécessaire. Le système des transcriptions successives, tous les trente ans, s'impose donc ici, tout comme le renouvellement décennal des inscriptions pour les hypothèques.

Pour mettre le propriétaire à l'abri des effets du retard que pourrait amener la mauvaise volonté ou les manœuvres dilatoires du débiteur, on pourrait admettre qu'il suffirait de faire transcrire la demande en justice dans le délai de trente ans, à charge de faire compléter plus tard cette formalité sur la transcription de l'acte confirmatif, s'il est intervenu ou de la décision judiciaire qui en tiendrait lieu.

En l'absence d'une de ces transcriptions dans le

délai de trente ans, la servitude ne prendrait rang à l'égard des tiers que de la date de la nouvelle transcription, de même que les hypothèques, non renouvelées en temps utile, ne prennent rang que de la date de la nouvelle inscription.

De même que pour les inscriptions, s'il n'y a ni suspension ni interruption du délai de dix ans, il ne devrait y avoir ni suspension ni interruption pour le délai de trente ans relatif aux transcriptions que nous préconisons.

A un autre point de vue, il faudrait faciliter la confirmation par les mineurs et les femmes dotales, et préciser les conditions dans lesquelles le tuteur et la femme dotale pourraient la faire.

La confirmation d'un droit étant un acte bien moins grave que sa création, il nous paraît que la femme dotale devrait pouvoir la faire avec la seule autorisation du mari ou de justice, et le tuteur, avec la seule autorisation du conseil de famille non homologuée.

Les servitudes ordinaires, droit de passage, de vue, d'égout, etc., ne constituent qu'une simple charge pour le fonds assujetti, qui demeure propre à toutes les affectations. Les servitudes négatives ou défenses constituent, au contraire, un vice caché pour l'immeuble assujetti: un terrain grevé d'une défense de construire, par exemple, devient impropre à toute affectation, exigeant des constructions, celui qui est grevé d'une défense d'exercer une industrie ou un commerce devient impropre pour le commerce ou l'industrie interdits.

D'une manière générale ces défenses déprécient considérablement les immeubles qu'elles grèvent, elles constituent la série la plus dangereuse de servitudes à cause de leur caractère occulte et de la gravité de leurs suites. Il est donc légitime de les classer à part et de les soumettre à une réglementation spéciale et à une publicité complète.

Bien que nous ne demandions l'acte confirmatif ou recognitif obligatoire que pour les servitudes négatives, il serait bon d'autoriser les propriétaires des autres servitudes à demander un titre nouvel tous les 28 ans s'ils le jugent à propos. Il arrive souvent qu'ils sont embarrassés pour justifier leur droit. Un titre nouvel leur faciliterait cette justification.

B. *Précarité des servitudes continues et apparentes.* — Pour le fonds dominant, la précarité d'une servitude continue et apparente, qui y est attachée, constitue un vice. Le tiers qui le visite avant d'acheter ou de prêter, peut légitimement compter sur cette servitude, du moment qu'elle paraît exister. Sa disparition entraîne, pour l'immeuble, une diminution de valeur qui rien ne lui permettait de prévoir. Nous en avons vu un exemple dans l'arrêt de la Cour de Besançon du 12 décembre 1906, précité.

Le voisin qui tolère bénévolement une servitude continue et apparente contribue ainsi à induire les tiers en erreur. Il est donc nécessaire de prendre

des dispositions propres à supprimer ces causes d'erreur.

La seule mesure vraiment efficace serait la transcription obligatoire de la déclaration de précarité, lorsqu'elle remonte assez loin pour que les tiers puissent l'ignorer et croire la servitude légalement assise.

Nous proposons donc d'exiger la transcription de toute reconnaissance de précarité d'une servitude, dès que cette dernière remonte à trente ans. Ce délai s'explique par ce fait, que la déclaration de précarité n'est nécessaire qu'après trente ans, le propriétaire du fonds qui la supporte à titre de tolérance ne craignant pas avant ce terme de voir la servitude consolidée par la prescription.

Après trente ans, au contraire, la situation sera nette. La servitude sera définitivement acquise ou bien il existera une reconnaissance de précarité.

Si la prescription est acquise, pas de modifications proposées.

Si, au contraire, une déclaration de précarité a été souscrite, il faudrait qu'elle ne soit opposable aux tiers qu'après avoir été transcrite. Sans cette formalité les tiers auraient le droit de considérer la servitude comme légalement établie.

La loi actuelle n'exige pas cette transcription, c'est une première lacune.

De plus, avec la législation en vigueur, la déclaration de précarité n'a pas besoin d'être renouvelée. C'est là une lacune plus grave encore que la première, car, plus on s'éloigne de l'établissement

de la servitude, plus les tiers peuvent la croire régulièrement établie.

On pourrait nous objecter que la précarité ne dure pas de longues années. Le contraire est prouvé par l'arrêt déjà cité de la Cour de Besançon, qui admet une déclaration de précarité remontant au 4 décembre 1839, antérieure donc de 67 ans à l'arrêt de 1906. Avec notre système, il y aurait eu, dans l'intervalle, au moins deux transcriptions : celle de la reconnaissance initiale de précarité, et celle d'un renouvellement trentenaire.

Pour compléter notre système il faudrait, en outre, que les déclarations qui constatent la renonciation ou l'extinction d'une servitude soient considérées comme de simples déclarations de précarité tant que les signes extérieurs en sont maintenus et assujettis, en ce cas, au renouvellement et à la transcription trentenaire. Le maintien des signes extérieurs d'un droit périmé pourrait, en effet, induire les tiers en erreur.

Il faudrait donc, en résumé, que la précarité fut établie par une reconnaissance renouvelée et transcrite tous les trente ans, tant que les signes extérieurs de la servitude persistent.

Le défaut du renouvellement de la reconnaissance, transcrite en temps utile, aurait le même effet que le défaut du renouvellement des inscriptions comme nous l'avons déjà proposé pour les servitudes négatives.

Dans les deux hypothèses il serait bon d'accorder aux intéressés, à titre de mesure transitoire, un

délai de 10 ans pour faire la première régularisation.

Voici un projet de dispositions subsidiaires, établi d'après les principes que nous venons d'exposer.

Propositions subsidiaires

Article premier. — Les servitudes négatives, défenses de construire ou autres défenses, seront éteintes au bout de trente ans à partir de l'acte constitutif, à moins qu'elles n'aient été confirmées avant ce délai, par un acte confirmatif ou titre nouvel, ou par un jugement en tenant lieu.

L'acte confirmatif ou le jugement en tenant lieu devront être transcrits. S'ils ne l'ont pas été avant l'expiration de la trentième année, la servitude ne remontera à l'égard des tiers qu'à la date de la nouvelle transcription.

Art. 2. — Le propriétaire du fonds servant pourra être contraint, pour toute servitude, de fournir à ses frais un titre récognitif au propriétaire du fonds dominant, après l'expiration de la vingt-huitième année à partir de la date du dernier titre ou de la séparation des héritages, si la servitude résulte de la destination du père de famille.

Tout acte récognitif devra être transcrit.

Art. 3. — Les reconnaissances de précarité pour les servitudes continues et apparentes, et pour tous ouvrages quelconques, devront être transcrites

dans les trente ans qui suivront l'établissement des servitudes ou des ouvrages, sinon, elles seront inopposables aux tiers.

Elles devront être renouvelées avant l'expiration de la trentième année à partir de la transcription antérieure si la servitude ou ouvrage est maintenu.

Les renouvellements devront être transcrits avant l'expiration du même délai pour être opposables aux tiers.

Faute de transcription des reconnaissances de précarité et de leurs renouvellements dans les délais prévus, la précarité ne remontera, à l'égard des tiers, qu'à partir de la dernière transcription.

Les renonciations à ces servitudes et droits et toutes conventions et décisions prescrivant leur suppression ne vaudront que comme reconnaissance de précarité si l'état apparent est maintenu et devront être renouvelées et transcrites comme ces reconnaissances.

Art. 4. — A défaut d'acte confirmatif et de reconnaissance de précarité, il pourra être transcrit la demande qui en aura été faite en justice, à la condition de faire mentionner en marge de cette transcription l'acte ultérieur qui pourra intervenir ou la décision de justice qui en tiendra lieu.

Les tuteurs, autorisés par une délibération du conseil de famille, qui ne sera pas sujette à l'homologation, pourront souscrire les actes confirmatifs, les actes récognitifs et les reconnaissances de précarité.

Pour les immeubles dotaux, les actes confirmatifs, les actes récognitifs et les reconnaissances de précarité pourront être souscrits par la femme, assistée par le mari ou autorisée par justice.

V. — Observations complémentaires

Le système de transcriptions périodiques, que nous venons d'exposer, nous paraît être le meilleur pour protéger les tiers contre les fausses déclarations ou, du moins, contre les réticences calculées de certains propriétaires d'immeubles.

Il est à craindre, cependant, qu'on ne veuille pas l'admettre, invoquant contre lui les frais qu'il entraînerait, surtout pour les servitudes peu importantes et le changement trop radical qu'il apporterait aux habitudes acquises.

Il ne faudrait pas, cependant, renoncer à obtenir, dans la mesure du possible, des déclarations sincères. On pourrait y arriver jusqu'à un certain point par les dispositions suivantes:

I. — Limite de la décharge de garantie au profit de celui qui aliène aux servitudes continues et apparentes et aux autres servitudes que révèle l'acte. La possibilité actuelle d'obtenir une décharge générale, peut engager des propriétaires d'immeubles à faire des déclarations erronées ou tout au moins des réticences telles que les tiers ne sont presque jamais exactement renseignés.

II. — Obligation, pour celui qui aliène, de faire une déclaration, même négative, des servitudes passives pouvant grever l'immeuble aliéné et de la précarité des servitudes continues et apparentes ou de tous ouvrages apparents.

III. — Défense de transcrire l'acte non conforme à ces prescriptions afin que, après l'expiration des délais de transcription, l'amende prévue soit encourue.

IV. — Sanction civile pour les déclarations inexactes mais de bonne foi. Sanction civile plus étendue et complétée par une sanction pénale, pour les déclarations inexactes et de mauvaise foi. Dans le premier cas la sanction civile pourrait être une réduction de prix égale à la dépréciation causée par la servitude et la condamnation aux dépens. Dans le second cas, la même sanction s'appliquerait, mais serait augmentée de dommages-intérêts et complétée par l'application des peines prévues par la tentative d'escroquerie si la victime n'éprouvait pas de perte, et celles de l'escroquerie si elle en éprouvait.

La même déclaration serait obligatoire pour l'emprunteur par hypothèque à peine de refus de l'inscription. Le préteur a, en effet, un besoin absolu de connaître la valeur exacte du gage et l'acte d'hypothèque doit contenir tous les renseignements utiles pour dresser le cahier des charges en cas d'expropriation.

En cas d'inexactitude la sanction civile serait

l'exigibilité immédiate du capital et, en cas de mauvaise foi, des dommages-intérêts. Les sanctions pénales seraient les mêmes qu'en cas d'aliénation.

Les droits occultes sont très dangereux pour les tiers. Dans une législation parfaite ils devraient être supprimés ou tout au moins réduits à la plus extrême limite, si certaines situations toutes particulières obligent à en maintenir certains.

Pour obtenir ces résultats, on peut avoir recours à deux sortes de correctifs : la purge — ou la déclaration sanctionnée.

Est-il possible d'organiser la purge des servitudes occultes? Il nous paraît possible d'en organiser une qui aurait lieu en même temps que celle des hypothèques légales et des actions en nullité ou rexision.

Mais cette question importante devrait être traitée à part. Il faudrait étudier s'il ne serait pas possible de grouper toutes les purges ensemble et de les réaliser en une seule et même procédure.

On peut toutefois remarquer ici que cette procédure sera toujours longue et coûteuse, partant inapplicable aux affaires de minime importance, qui sont cependant les plus nombreuses.

Les déclarations sanctionnées, au contraire, n'occasionneront ni frais, ni perte de temps, et pourront par conséquent être exigées dans tous les cas. Si elles ne donnent pas aux tiers une garantie absolue, elles améliorent considérablement, en pratique, leur situation. Ces avantages sont si grands

et surtout si commodément réalisables que nous les préconisons vivement pour les hypothèques et les servitudes occultes et pour tous les droits atteints de précarité.

BIBLIOGRAPHIE

Bressolles. — Exposé des règles sur la transcription en matière hypothécaire, 1856.

Duernet. — Etude sur les difficultés que présente l'application de la loi sur la transcription, Lyon, 1856.

Flandin. — De la transcription en matière hypothécaire, 1861.

Hitier. — De la transcription en matière de servitudes. *Thèse, Paris,* 1890.

Lassalle. — De la transcription du partage, 1895.

Lemarcis. — Commentaire de la loi sur la transcription hypothécaire, 1855.

Le Senne. — Commentaire théorique et pratique de la loi du du 23 mars 1855.

Mourlon. — Traité théorique et pratique de la transcription.

Rivière et François. — Explication de la loi du 23 mars 1855-1856.

— et Huguet. — Questions sur la transcription hypothécaire, 1856.

Troplong. — Commentaire de la loi du 23 mars 1855-1864.

Verdier. — Transcription hypothécaire, 1881.

Analyse du projet de loi sur la transcription. Observations et documents, *Gazette des Tribunaux*, 21-25 mai, 4 juin 1853, 18 mai 1854.

De la jurisprudence en matière de transcription (Championnière). *Revue de droit fr. et étr.*, t. 11, p. 260 et s.

De quelques modifications à apporter au régime de la transcription (Bauby). *Revue pratique*, 1863, t. 16, p. 408 et s.

Transcription des partages (Dayras). *Revue pratique*, 1878-79, t. 46, p. 319.

Etude sur le projet Darlan (de Loynes). *Revue critique*, 1897.

Circulaire trimestrielle du Comité des notaires des départements.

Revue du Notariat.

Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre de M. Martin (du Nord), garde des Sceaux. Paris, Impr. Royale, 1844.

Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre, Paris, Impr. nationale, 1891-1905, 9 in-4°.

Chaine. — La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire. *Thèse Dijon*, 1909.

Ferron. — Publicité des droits réels immobiliers. *Thèse Bordeaux*, 1897.

Michel. — Imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers. *Thèse, Dijon,* 1904.

Michas. — Le droit réel considéré comme obligation passivement universelle. *Thèse, Paris,* 1900.

Rigaud. — Le droit réel, son origine institutionnelle. *Thèse, Toulouse,* 1912.

Nous n'avons indiqué ici que les ouvrages spéciaux que l'on peut facilement se procurer. On trouvera des indications bibliographique plus complètes dans les répertoires de Dalloz, Fuzier, Hermann ou Pandectes, aux mots « servitude et transcription » et dans les thèses indiquées.

Vu et approuvé
Montpellier, le 4 février 1920
L'assesseur f. f. de Doyen,
Jules VALÉRY.

Vu : Le Président de la Thèse,
Montpellier, le 2 février 1920.
G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 4 février 1920.
Pour le Recteur,
Le Vice-Président du Conseil de l'Université,
S. DAUTHEVILLE.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

RÉGLEMENTATION ACTUELLE DE LA PUBLICITÉ DES ACTES CONSTITUTIFS DE SERVITUDES

I Principe général 8

II. Dérogations proposées..... 10

a) Basées sur la nature de la servitude 10

b) Basées sur la nature de l'acte constitutif de servitude 17

1. Servitudes créées par testament... 18
2. — — un partage.. 30
3. Servitudes créées par destination du père de famille 35
4. Servitudes créées par prescription. 43
5. — — donation.. 46

III. APPENDICE..... 56

Actes abdicatifs, récognitifs ou interruptifs de prescription. — Servitudes constituées avant 1855

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE DE LA LÉGISLATION ACTUELLE ET ESSAI DE CONSTRUCTION D'UN SYSTÈME RATIONNEL

Pages

I. Critique de la législation actuelle..... 66

II. Étude de la nature du droit de servitude..... 79

III. Système proposé..... 85

IV. Propositions subsidiaires..... 97

V. Observations complémentaires..... 108

VI. Bibliographie..... 112

VII. Table des matières..... 115